Beitrag

zur

Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf

nach römischem Recht

und nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Eduard Sieber

Rechtspraktikant aus Germersheim.

ACAD.
LUGD BAT.
BIBL.

Rostock 1904.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0048

Literatur.

1. Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl.
2. Bechmann, Der Kauf nach gem. Recht. Erster Teil 1876, zweiter Teil 1884. Erlangen.
3. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1889.
4. Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kaufe — i. d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 14 (1874) S. 58 ff.
   — Kauf, Miete und verwandte Verträge i. d. Entw. eines bgl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich — i. d. Beiträgen zur Erläuterung des Entw. eines bgl. Gesetzbuchs, herausgegeben von Bekker u. Fischer. Berlin 1889.
5. Bothe, Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingungen nach dem B. G. B. Inaug.-Dissert. Güstrow 1899.
6. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.
7. Bruns, Das heutige römische Recht — in Holtzendorffs Rechtslexikon, S. 427 ff. (5. Aufl.).
8. Code civil — in der Ausgabe von Cramer. Düsseldorf.
9. Corpus iuris civilis edd. fratres Kriegelii.
10. Cosack, Lehrbuch des deutschen bgl. R. III. Aufl.
11. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. Band I 1900, Band II 1902.
12. Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden n. d. B. G. B. Berlin 1902
13. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen. III. Aufl.
14. Denkschrift z. Entw. e. B. G. B. (Reichstagsvorlage). Berlin 1896.

15. Dernburg, Pandekten. VI. Aufl.
— Lehrbuch des bgl. R. II. Aufl.
16. Eck, Kauf in Holtzendorffs Rechtslexikon. Bd. II, S. 437—441. (3. Aufl.).
17. Endemann, Einführung i. d. Studium d. B. G. B. Berlin 1898.
— Handbuch des Hand.-R., Bd. II.
18. Enneccerus, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl
19. Entwurf eines bgl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. I. Lesung. Berlin 1888.
20. Der Entwurf eines bgl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich und der Rheinische Bauern-Verein. Köln 1890.
21. Fischer und Henle, Bürgerl. Gesetzbuch. IV. Aufl.
22. Flatau, Über das Tragen der Gefahr beim Genuskauf. Inaug.-Dissert. Breslau 1880.
23. Fuchs, Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen, — im Arch. f. civ. Praxis. 34. Bd. 1851.
24. Goldschmidt, Handbuch des Hand.-R. Bd. I. II. Aufl. Stuttgart 1875.
— Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 15. Erlangen 1870.
25. Goose, Zur Lehre vom casus — in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. IX. 1868.
26. Haeselich, Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste? Inaug.-Dissert. Magdeburg 1898.
27. Haidlen, Bürgl. Gesetzbuch. I. Aufl.
28. Handelsgesetzbuch ält. Fassg. — i. d. Ausg. v. Schröder, Bonn 1886.
29. Hartmann, Der Civilgesetzentwurf, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung — im Arch. f. civ. Praxis. Bd. 73, S. 309 ff.
30. Hölder, Die Bemessung der Verzugszinsen nach dem B. G. B. oder dem bisherig. Recht — i. d. Deutsch. Jur.-Ztg. 1900, S. 101 ff.

31. Hofmann, Über das periculum beim Kaufe. Wien 1870.
32. Huschke, Das Recht der Publicianischen Klage. Stuttgart 1874.
33. Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf e. bgl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. München 1892.
34. Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt — i. d. Jahrb. f. Dogm. Bd. III, S. 449 ff., Bd. IV, S. 366 ff.
— Geist des röm. Rechts. Bd. III. 4. Aufl. 1888.
35. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig 1901.
36. Keller, Lehrb. d. Pand. 2. Aufl.
37. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.
38. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen n. d. B. G. B. Jena 1900.
39. Koch, Recht der Forderungen. Bd. 1, Berlin 1858.
40. Kuntze, In obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat? Inaug.-Dissert. Leipzig 1851.
41. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg — i. d. Jahrb. f. Dogm. Bd. XIX (1851), S. 154 ff.
42. Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Berlin 1888.
43. Maase, Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung. Inaug.-Dissert. Rostock 1901.
44. Martinius, Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe — in Kohlers Archiv für bgl. R. Bd. 17, S. 50—77.
45. Matthiass, Lehrbuch d. bgl. Rechts. 3. Aufl.
46 Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig 1853.
— Erörterungen über die Regel „commodum eius esse debet cuius periculum est". Braunschweig 1859.
47. Motive zum Entwurf eines bgl. Gesetzbuchs. Berlin 1897.

48. Niedner, Verzug und Unmöglichkeit der Erfüllung von Obligationen i. d. Übergangszeit — in „Das Recht". 1900, S. 142 ff.

49. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

50. Passmann, Die Gefahr beim bedingten Kaufe. Inaug.-Dissert. Greifswald 1901.

51. Pernice, Markus Antistius Labeo. Bd. I. Halle 1873.

52. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen. Band II. Berlin 1895.

53. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Aufl.

54. Podewils, Der Anspruch des Gläubigers auf die Vorteile, die der Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogen hat oder hätte ziehen können (unter Berücksichtigung des B. G. B.). Inaugural-Dissert. Berlin 1899.

55. Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung d. Entw. d. B. G. B.

56. Puchelt, Zeitschr. f. franz. Civilrecht. Mannheim 1872.

57. Puchta, Lehrb. d. Pandekten. 11. Aufl. 1875.

58. Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse d. röm. Privatrechts. Insbruck 1885.

59. Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag — i. d. Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XIII. 1871, S. 90 ff. — Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf — im Arch. f. civ. Praxis. Bd. 49. 1866, S, 183 ff.
— Die Vorverhandlungen bei Verträgen. Weimar 1868.

60. Scherer, Bürgerliches Gesetzbuch. Erlangen 1897 u. 1899.

61. Scheurl, Vertragsabschluss unter Abwesenden — in Iherings Jahrbüchern f. Dogm. Bd. II, S. 248 ff.

62. Sintenis, Das corpus iuris civilis.

63. Sohm, Über Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer persona incerta — i. d. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 17, S. 16 ff. Erlangen 1872.

64. Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 1. Aufl.

65. Stintzing, Necessario sciendum est quando perfecta sit emtio. — i. d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 10, S. 177 ff. Jena 1871.
66. Thöl, Handelsrecht. 6. Aufl.
67. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach bgl. R. Leipzig 1900.
68. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.
69. Voss, Über den Satz „periculum est emtoris". Hamburg 1898.
70. Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? — im Arch. f. civ. Praxis. Bd. 15, S. 97 ff. und 188 ff.
71. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl.
72. Witthoff, Ein Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kauf — i. d. deutschen Jur.-Ztg. 1903, S. 149 f.
73. Zachariae, Handbuch des franz. Civilrechts. 6. Aufl. Heidelberg 1875.

Soweit eine Verwechslung nicht zu befürchten war, sind die vorstehenden Schriftsteller nur mit ihren Namen zitiert.

Die in der Abhandlung ohne Angabe eines Gesetzes genannten Paragraphen und Art. beziehen sich auf das bürgerliche Gesetzbuch bezw. Handelsgesetzbuch älterer Fassung.

Disposition.

Einleitung.

I. Teil.

Allgemeine Grundsätze über den Kauf.

§ 1. Wie ist der Satz „periculum est emtoris“ zu verstehen?

§ 2. Verschiedenheit der Struktur der Lehrsätze über das Tragen der Gefahr bei Kauf und Miete nach römischem Recht.

§ 3. Stellungnahme des B. G. B. zu den Sätzen „periculum est emtoris“ und „periculum est locatoris“.

§ 4. Parallele zwischen römischem Recht und dem Recht des B. G. B. bezgl. des periculum bis zur Übergabe in Anwendung auf die verschiedenen Arten des Kaufes.

§ 5. Die Feststellung des Perfektionsmoments für den Übergang der Gefahr nach römischem Recht und nach B. G. B. (Wann ist übergeben?)

§ 6. Die rechtliche Lage der beim Kaufgeschäft beteiligten Parteien nach römischem Recht und B. G. B.

II. Teil.

Begründung des Satzes „periculum est emtoris“.

A) Übersicht und Kritik der bisherigen Erklärungsversuche.

§ 7. Die Theorie auf Grund der Natur der zweiseitigen Verträge.

§ 8. Die Fiktionstheorie.

§ 9. Die Entäusserungstheorie.

§ 10. Die Erklärung unseres Satzes vom Standpunkt der Billigkeit.

B) Standpunkt des Verfassers.

§ 11. Zweckmässigkeit des römischen Satzes „periculum est emtoris“.

§ 12. Stellung des römischen Rechtes zur Spekulation im allgemeinen.

Einleitung.

Die Römer erscheinen, soweit sich überhaupt ihr wirtschaftliches und rechtliches Leben geschichtlich zurückverfolgen lässt, als die grössten Meister in der Abstraktion fester Prinzipien aus den Erfahrungen des Lebens. Wohl nirgends zeigt sich das deutlicher als in der Art und Weise der Regelung des am tiefsten in das Verkehrsleben eingreifenden Kontraktes, des Kaufes. Sie gaben dem Gedanken, dass das soziale und wirtschaftliche Interesse der Mehrheit der Nation nicht zum Vorteil eines kleinen Bruchteils gewissenloser Spekulanten preisgegeben werden solle, Ausdruck und behielten den Satz periculum est emtoris bei, nachdem schon längst die ursprüngliche Struktur des Kaufes — unmittelbarer Austausch von Ware gegen Geld — aufgegeben worden war.

Das heutige deutsche Recht glaubte der beständig fortschreitenden Entwicklung des Handelsverkehrs Rechnung tragen und den Güteraustausch von einer lästigen Fessel befreien zu müssen, indem

es den erwähnten römisch-rechtlichen Satz in das gerade Gegenteil umkehrte. Es ist in den letzten Jahren ein lebhafter Streit über die innere Berechtigung dieses Schrittes entbrannt. Für und wider wurden gewichtige Argumente vorgebracht, ohne dass man bisher ein endgültiges Resultat erzielt hätte. Sicher ist, dass durch Beibehaltung des römisch-rechtlichen Satzes das Prinzip von Treu und Glauben besser zur Geltung gekommen wäre.

I. Teil.

Allgemeine Grundsätze über den Kauf.

§ 1.

Wie ist der Satz „periculum est emtoris“ zu verstehen?[1])

Wie der Satz zu verstehen ist, ist in § 3 der Institutionen Justinians de emtione et venditione 3,23 an einer Reihe von Beispielen erläutert:

Das gekaufte Haus wird ganz oder teilweise durch Feuer zerstört; das Grundstück wird ganz oder teilweise durch die Gewalt der Fluten weggerissen oder durch Überschwemmung oder vom Sturm entwurzelte Bäume verkleinert oder verschlechtert — ehe die Übergabe an den Käufer erfolgt ist.

l. 5 § 2 D. de rescindenda venditione 18,5: der gekaufte Sklave stirbt vor Übergabe.

In allen Fällen ist entschieden: der Käufer hat das „pretium“ zu bezahlen „licet rem non fuerit nactus“ und in l. 5 cit: Der Verkauf ist ebenso zu betrachten „ac si traditus fuisset“.

---

[1]) Dass der Satz: periculum est emtoris als feststehend anzunehmen ist, wird heutzutage nicht mehr bestritten. (cf. übrigens Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 332—336.)

Der Grundsatz, dass die kasuelle Unmöglichkeit der Leistung als Erfüllung gilt, kommt überall zur Anwendung, wo der Aufschub, welcher es veranlasst hat, dass das kasuelle Ereignis den Gegenstand der Obligation bei dem Schuldner (Verkäufer) und nicht bei dem Gläubiger (Käufer) betroffen hat, weder in der mangelnden Perfektion des Geschäftes noch in der Natur der Leistung seinen Grund hatte. Im übrigen ist zu beachten, dass der Satz: periculum est emtoris nicht dem jus cogens angehört, sondern, wie die meisten Grundsätze des Obligationenrechts, demjenigen jus, quod pactis privatorum mutari potest. Er ist nur dispositiver Natur; das zunächst Massgebende ist der Wille der Kontrahenten, einerlei, auf welche Weise derselbe erklärt ist, ob ausdrücklich oder stillschweigend [1]).

§ 2.

Verschiedenheit der Struktur der Rechtssätze über das Tragen der Gefahr bei Kauf und Miete nach römischem Recht.

Einen Fingerzeig zum Verständnis des Satzes „periculum est emtoris" dürfte die verschiedene Behandlung des periculum bei den Obligationen auf Gebrauchsüberlassung sowie denen auf Arbeits- und Dienstleistung geben.

[1]) Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 273 Anm. 2 führt eine Reihe von Stellen an, in welchen die Giltigkeit einer Vereinbarung, der zufolge der Schuldner sich verpflichtet, auch für den casus zu haften, ausdrücklich anerkannt wird.

Während bei den wechselseitigen Obligationen auf Veräusserung (Kauf, Tausch) die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen bleibt, fällt sie bei der Mietsobligation weg; bei den ersteren trägt der Gläubiger die Gefahr, bei den letzteren der Schuldner (periculum est locatoris).

Der Käufer, der nicht den geringsten Nutzen von der Sache gezogen hat, muss dennoch den Kaufpreis bezahlen, während der Mieter zur Zahlung des Mietszinses nicht verpflichtet ist, wenn das gemietete Haus einstürzt oder abbrennt und daher dem Vermieter die Gewährung der Sache kasuell unmöglich geworden ist. Nur soweit „fruitur", hat man die „merces" zu bezahlen.

Der Grund der abweichenden Behandlung im Gegensatz zum Kauf liegt in der Beschaffenheit der Mietsleistung und des Verhältnisses der Geldleistung zu ihr.

Die Leistung des Vermieters ist keine momentane, wie die des Verkäufers, sondern eine sich über einen gewissen Zeitraum hinziehende sog. dauernde Leistung.

In der momentanen Erfüllbarkeit liegt Etwas, was ex fundamento die Leistungen bei Kauf und Miete unterscheidet.

Beim Kauf ist das Normale, dass sofort erfüllt wird; das Hinausschieben der Leistung ist die Ausnahme.

Dass die Römer den Satz beim Verkauf aufstellen konnten, hatte zur notwendigen Voraus-

setzung, dass sie die Obligation des Käufers und Verkäufers selbständig gestalteten[1]), ganz im Gegensatz zur Mietsobligation, bei welcher die Wechselseitigkeit vollständig durchgeführt ist, eben weil die Mietsobligation momentan nicht erfüllbar ist und dementsprechend nicht für die einmalige Überlassung der Sache oder Arbeitskraft bezahlt wird, sondern je pro rata temporis.

§ 3.

Stellungnahme des B.G.B. zu den Sätzen des römischen Rechts „periculum est emtoris" und „periculum est locatoris".

Zur Frage steht: Wer trägt die Gefahr[2]) zwischen Kaufabschluss und Übergabe?

Bei den auf Veräusserung gerichteten gegenseitigen Verträgen ist nach dem Recht des B.G.B. die Wechselseitigkeit als Austausch der von beiden Obligationssubjekten geschuldeten Leistungen zu verstehen. Diese stehen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis dergestalt, dass jeder Teil Leistung Zug um Zug fordern und bis zur Gegenleistung die ihm obliegende Leistung „verweigern" (§ 320) — „zurückbehalten" (§ 273) kann.

---

[1]) cf. Bechmann Bd. 1, S. 542 f.

[2]) Das Wort „Gefahr" wird im B.G.B. nur gebraucht mit Beziehung auf einen zufälligen Schaden (siehe namentlich §§ 446, 588, 644, 811, 2380). Es bedeutet allgemein die rechtliche Verknüpfung desselben mit einem bestimmten Vermögen.

In konsequenter Durchführung dieses Rechtsgedankens ist im § 323 bestimmt, dass der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn der Untergang bezw. die Verschlechterung der Sache zwischen Vertragsabschluss und Erfüllung durch Übergabe von keiner Partei verschuldet ist. cf. auch § 275[1]).

Der ganze Vertrag ist hinfällig, keine Vertragspartei hat von der andern etwas zu fordern; so braucht der Verkäufer, wenn das Pferd durch Zufall krepiert ist, kein anderes zu liefern und der Käufer hat den Kaufpreis nicht zu bezahlen; es ist dem Käufer, der den Preis schon vor Übergabe bezahlt hätte, sogar ein Rückforderungsrecht zugestanden, weil der Verkäufer auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund bereichert wäre (§§ 323 Abs. 3, 812). Aber

---

[1]) Diese Reziprozität von Leistung und Gegenleistung gilt, anders wie im gemeinen Rechte, das hier zwischen Entäusserungsgeschäften und Geschäften ohne Entäusserungsnatur unterschied, (vgl. Windscheid, Pand. II § 321 Anm. 16—19b; Mommsen, Beiträge I S. 345—352, 402—404; Beiträge III S. 415ff) für alle Arten gegenseitiger Verträge: für den Kauf und den Tausch sowohl wie für die Miete, den Dienstvertrag und den Werkvertrag. — Im Übergangsrecht wird es sich fragen, ob auf eine im alten Recht versprochene, unter der Herrschaft des B. G. B. unmöglich gewordene Leistung letzteres Anwendung findet. Dafür Niedner in „Das Recht", Jahrg. 1900, S. 142 ff., namentlich gegen Hölder, Juristenzeitung 1900, S. 101 ff. Nach den in den Motiven zu Art. 170 (103) E. G. z. B. G. B. S. 256 sich findenden Ausführungen dürfte die Frage zu bejahen sein.

die Bestimmung in § 818 Abs. 3 wälzt in ihrer Wirkung die Gefahr wieder auf den Gläubiger zurück. Denn soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist, fällt die Verpflichtung zur Rückerstattung des Geleisteten weg; der Käufer, der den Kaufpreis für das Pferd bereits bezahlt hat, erhält nichts mehr zurück, wenn das Pferd kasuell vor der Übergabe krepiert und der Verkäufer, der bona fide den erhaltenen Kaufpreis verbraucht hat, nicht mehr imstande ist, denselben zurückzugeben. Ebenso riskiert der Mieter den Verlust des pränumerando bezahlten Mietzinses, wenn das gemietete Haus kasuell durch Brand zerstört wird und der Vermieter bona fide den erhaltenen Mietzins nicht mehr zurückzahlen kann. Erst mit der Übergabe (Erfüllung) ändert sich die rechtliche Lage des Käufers.

Mit der Übergabe geht die Gefahr auf den Käufer (Erwerber) über. Die §§ 446—448 behandeln den Übergang der Gefahr der Kaufsache.

Die vorerwähnten Gesetzesbestimmungen bringen den scharfen Unterschied zwischen römischem Recht und dem Recht des B. G. B. deutlich zum Ausdruck. Nach römischem Recht trägt der Käufer, nach dem B. G. B. der Verkäufer die Gefahr — bis zur Übergabe.

Entsprechend der gleichen Struktur der Mietsvertragsobligation im römischen Recht und B. G. B. — Wechselseitigkeit der geschuldeten Leistungen im Sinn von Austausch von Leistung und Gegen-

leistung — gilt für beide Rechte auch der gleiche Rechtssatz bezgl. der Frage, wer die Gefahr zu tragen hat.

Beide Rechte bestimmen, dass der Vermieter, der zur Dienstleistung Verpflichtete die Gefahr trägt, also eine Gegenleistung nicht beanspruchen kann, wenn er selbst nicht leisten kann (§ 323), dass dagegen der Vermieter die Gefahr dann nicht trägt, wenn die Unmöglichkeit ihren Grund in den persönlichen Verhältnissen des Mieters hat[1]).

Nach beiden Rechten soll jedoch der Vermieter nicht grundlos bereichert, sondern nur schadlos gehalten werden. Hat der Vermieter die Sache oder die Arbeitskraft anderweitig verwertet, so wird der Mietzins insoweit nicht geschuldet.

Die Verwertung des eben entwickelten Gesichtspunktes, dass der Vermieter nur schadlos gehalten, aber nicht auf Kosten des Mieters bereichert werden soll, ist noch mehr gerechtfertigt beim Kauf. Der Grundsatz: „periculum est emtoris“ bedeutet nur, dass der Verkäufer durch Zahlung des Preises schadlos gehalten werden soll, er soll infolge der Unmöglichkeit keinen Nachteil tragen — der Nachteil steht auf Risiko des Käufers.

Wenn die besonderen Umstände so liegen, dass der Verkäufer trotz der Unmöglichkeit, die Sache dem Käufer zu geben, doch selbst keinen Ver-

[1]) cf. § 552 B. G. B. sowie l. 19 § 9 u. 10 D. locati 19, 2.

mögensverlust erleidet, dann braucht der Käufer das pretium nicht zu bezahlen.

Damit ist wohl die Grundlage für die richtige Lösung folgender strittiger Fragen gegeben:

1) Wie ist zu entscheiden, wenn eine fremde Sache verkauft wird? Das Obligationsverhältnis ist giltig begründet, weil das Eigentum des Verkäufers an der verkauften Sache kein Erfordernis eines giltigen Kaufvertrages ist; geht jedoch die Sache kasuell unter, so erleidet der Verkäufer gar keinen Nachteil, er hat ja einen Ersatzanspruch gegen den Autor, er würde grundlos bereichert, wenn er sich den Preis bezahlen liesse. Ihering[1]) kommt zu dem nämlichen Resultat, allerdings nicht von dem hier vertretenen Gesichtspunkt aus, dass der Verkäufer nicht bereichert werden dürfe; er geht davon aus, dass das periculum den Verkäufer deshalb trifft, weil er in einer ihm imputablen Weise in Erfüllung des Kaufvertrages säumig ist[2]).

Die Anhänger der Lehre vom Zwittereigentum — Windscheid, Goose, Stintzing, Mommsen, Keller[3]) — kommen in konsequenter Fortentwicklung ihrer Ansicht über den Grund des Übergangs

---

[1]) Jhrb. f. Dogm. Bd. III, S. 464 f.

[2]) cf. auch Windscheid, Bd. II, S. 621: der Käufer brauche nichts zu zahlen, wenn der Verkäufer keinen Schaden erlitten habe; und das sei namentlich dann der Fall, „wenn die verkaufte Sache eine dem Verkäufer fremde gewesen sei".

[3]) Krit. Vierteljahrsschr. Bd. XIII S. 95.

der Gefahr auf den Käufer mit Abschluss des Kaufvertrages ebenfalls zu dem Resultat, dass der Verkäufer, der eine ihm nicht gehörige Sache verkauft, vom Käufer im Fall kasuellen Untergangs das pretium nicht beanspruchen kann. Wenn die Sache eben nicht „in bona" des Käufers kommt, so trägt er auch die Gefahr nicht.

2) Der Käufer braucht das pretium auch in den Fällen nicht zu bezahlen, wenn der Verkäufer den verkauften Gegenstand behält und nur eine Unmöglichkeit eintritt, sie gerade dem Käufer auszuantworten [1]).

3) Der Hauptfall betrifft die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn dieselbe Sache mehreren Personen verkauft worden ist und der Verkäufer schon von einem der mehreren Käufer den Kaufpreis erhalten hat.

Dann kann er nicht auch noch von den Übrigen den Kaufpreis beanspruchen, weil er dadurch grundlos bereichert würde. Z. B. es wird ein Pferd an fünf Personen verkauft; durch Zufall krepiert es; nach Dernburg (Pand. II § 96) und Bechmann (Kauf n. gem. R. I S. 543) können die vier weiteren Käufer dem Verkäufer den Einwand, das er „contra bonos mores" die weiteren vier Käufe abgeschlossen

[1]) Z. B. Ausfuhrverbot in Kriegsfällen; — Napoleonische Kontinentalsperre; — jemand hat sich die Bestellung einer Servitut ausbedungen; ehe sie ihm eingeräumt wird, verliert er das praedium dominans.

habe und daher aus denselben keinen Vorteil ziehen dürfe, nur dann entgegenhalten, wenn der Verkäufer dolos weiter verkauft hat. Andernfalls könne der Verkäufer von jedem der vier weiteren Käufer den Kaufpreis fordern[1]).

Die erwähnten Schriftsteller, sagt Podewils[2]), weisen mit vollem Recht auf den Ausspruch des Varro, de re rustica II 2 § 6 hin[3]).

Sind die fünf Käufer ausserstande, dem den Kaufpreis von jedem der Käufer abfordernden Verkäufer eine Einrede, entnommen aus der Nichtlieferung der Kaufsache, entgegen zu setzen, dann ist die Folge allerdings die, dass alle fünf Käufer das periculum zu tragen haben, weil sie alle zahlen müssen. Aber dem erwähnten Zeugnis des Varro wird man mit Ihering[4]) und Vangerow[5]) folgende Vorschriften des röm. R. als gleichwertig entgegenhalten dürfen: l. 57 D. de regulis juris 50, 17: „bona fides non patitur, ut bis idem exigatur". — Paulus in l. 51 § 1 D. de re judicata 42, 1: „et

---

[1]) Ebenso Martinius S. 70.

[2]) S. 25 Anm. 4.

[3]) cf. Dernburg Pand. II § 20 S. 57, wonach wir in diesem Ausspruch ein sicheres Zeugnis dafür besitzen, dass noch in den letzten Zeiten der Republik der Verkäufer auf den Kaufpreis und der Käufer auf die Ware klagen konnten, ohne die Einrede fürchten zu müssen, dass sie selbst noch nicht geleistet hätten.

[4]) Jhrb. f. Dogm. III S. 472.

[5]) Bd. III S. 635.

puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit". [1])

Generelle Anforderungen der Ehrlichkeit im Verkehr gebieten als Regel, dass der Satz: periculum est emtoris dahin eingeschränkt werde, dass der Verkäufer durch Zahlung des Preises nur schadlos gehalten werden soll, dass aber, wo kein Schaden ist, der Käufer auch den Kaufpreis nicht zu zahlen braucht. [2])

Das B. G. B. knüpft den Übergang der Gefahr auf den Käufer erst an die erfolgte Übergabe; bis zur Übergabe trägt der Verkäufer die Gefahr.

Die unter 1—3 besprochenen Fragen sind somit für den Bereich des B. G. B. gegenstandslos. Der Verkäufer verliert eben kraft Gesetzes den Anspruch auf den Kaufpreis, wenn die Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung ihm nicht zur Schuld angerechnet werden kann (cf. § 323). Der Vertrag ist infolge kasuellen Untergangs der Sache, wenn beide Parteien weder im Verzuge sind noch sie ein sonstiges Verschulden trifft, aufgelöst.

[1]) Einen Fall der Anwendung des hier vertretenen Prinzips: Der Verkäufer soll nicht bereichert, sondern nur schadlos gehalten werden, enthält die l. 21 D. de hereditate vel actione vendita. 18, 4 und die oben cit. l. 19 § 9 D. 19, 2.

[2]) Vgl. Windscheid Bd. II S. 622.

§ 4.

Parallele zwischen römischem Recht und dem Recht des B.G.B. bezgl. des periculum bis zur Übergabe in Anwendung auf die verschiedenen Arten des Kaufes.

Vorbemerkung: Die Ansichten über das Wesen der Bedingung gehen im gem. Recht sehr auseinander (vgl. Windscheid § 86, insbes. Note 3 und 3a, wo die verschiedenen Ansichten zusammengestellt sind). Insbesondere zwei Fragen wurden auf das Lebhafteste erörtert:

1. Ist die Bedingung eine Nebenbestimmung?

Die Frage dürfte zu verneinen sein, denn die bedingte Willenserklärung ist ein untrennbares Ganze. Die Bedingung kann unmöglich als ein neben der rechtsgeschäftlichen Hauptwillenserklärung herlaufender, selbständiger Existenz fähiger Teil des ganzen Rechtsgeschäfts gedacht werden (auch die Motive z. B. G. B. Bd. I, S. 249 sprechen sich in diesem Sinne aus). Das ist besonders wichtig für die Beweislast. Wer als Beklagter entgegnet: Ich habe gekauft, aber nur unter einer Bedingung, gibt nicht jenes zu und macht einredeweise dieses geltend. Er leugnet vielmehr die Klagebehauptung und der Kläger hat den unbedingten Kaufvertrag zu beweisen. Vgl. über diese Streitfrage die Zitate bei Windscheid l. c. Note 4. — Manche (z. B. Crome Bd. I., S. 433, Note 4, Bothe S. 7) subsumieren die Bedingungen unter den Begriff „allgemeine Nebenbestimmungen". Daraus können aber leicht Missverständnisse entstehen.

2. Was ist bei einem unter einer Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft bedingt?

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass lediglich die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung, nicht die Existenz des Geschäftswillens von dem Eintritt der Bedingung abhängt. Das B. G. B. (§ 158) steht gleichfalls auf diesem

Standpunkt. In neuerer Zeit hat Passmann (S. 21) die gegenteilige Ansicht zu verteidigen versucht. Diese Ansicht geht aber von etwas logisch Unmöglichem aus. Der Erklärende will entweder oder er will nicht. Der Wille ist fertig, sobald er sich im Geiste des Erklärenden gebildet hat und deshalb kann nicht durch äussere, vielleicht zukünftig eintretende Ereignisse festgestellt werden, ob der Erklärende gewollt hat oder nicht.

Über die weitere Streitfrage, ob die Bedingung rückwirkende Kraft habe, vgl. Dernburg Pand. Bd. I, § 111, Note 5 und Windscheid § 91, Note 1. Das B.G.B. (§ 158) hat die Frage im verneinenden Sinne entschieden (vgl. Motive Bd. I, S. 252. — A. A. Scherer Bd. I, S. 336).

I.

Die verschiedenen Arten des bedingten Kaufes.

a) Das bedingte Kaufgeschäft.

Das periculum geht nach röm. Recht beim Spezieskauf sofort mit Abschluss des Kaufvertrages über. Eine Ausnahme tritt ein im Falle eines bedingten Kaufgeschäftes. Ist das Geschäft unter einer Suspensivbedingung[1]) abgeschlossen, so liegt allerdings sofort ein bindender Vertrag vor, aber es ist noch ungewiss, ob aus demselben eine Kaufsobligation entsteht. Geht das Kaufsobjekt vor Eintritt der Bedingung unter, so wird dadurch die Entstehung der Kaufsobligation verhindert. Daher

[1]) Von Suspensivbedingung spricht man, wenn das Wirksamwerden, von Resolutivbedingung, wenn der Bestand der Wirkungen des vorgenommenen Rechtsgeschäfts von dem Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht werden.

braucht in diesem Falle der Käufer den Kaufpreis nicht zu entrichten; der Verkäufer trägt die Gefahr. Wenn aber die Sache zur Zeit des Bedingungseintritts existent ist, jedoch verschlechtert, so entsteht die Kaufsobligation und der Käufer hat den vollen Kaufpreis zu bezahlen; Voraussetzung ist natürlich in beiden Fällen unverschuldete Unmöglichkeit. Während beim unbedingten Kauf der Käufer beide pericula trägt, trägt er beim bedingten Kaufgeschäft zwar die Gefahr der Verschlechterung, aber nicht die des Untergangs[1]).

Die Frage, wer bei resolutiv bedingtem Kaufe die Gefahr zu tragen habe, ist im gem. Recht zu keinem allseitig anerkannten Abschluss gelangt[2]). Da sich die Bedingung der Auflösung nicht mehr perfizieren kann, wenn die Sache bereits untergegangen ist, so ist der Käufer, dem die Kaufsache übergeben ist, zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, wenn während der Schwebe der Bedingung die Sache zufällig untergeht[3]).

---

[1]) Maase S. 13 weist darauf hin, dass die verschiedene Behandlung des periculum, je nachdem mit Eintritt der Bedingung die Sache untergegangen oder nur verschlechtert sei, sich nach der allgemeinen Regel nicht rechtfertigen lasse, „denn da bis zum Eintritt der Bedingung der Kauf imperfekt ist, müsste der allgemeinen Regel (l. 8 D. 18, 6) nach der Verkäufer nicht nur das periculum interitus, sondern auch das periculum deteriorationis tragen".

[2]) Vgl. Maase S. 16 und 17.

[3]) A. A. Windscheid Bd. II, S. 620, Note 10 und Puntschart S. 340f.

b) Kauf auf Probe.

Eine besondere Art des bedingten Kaufes ist der Kauf auf Probe oder Besicht. Dieser wird unter der Verabredung abgeschlossen, dass der Käufer sich nur verpflichten will, wenn ihm nach Prüfung des Kaufobjektes dasselbe genehm ist: „emtio si placuerit, nisi displicuerit". Die Bedingung ist im Zweifel aufschiebend. Da alles dem freien Belieben des Käufers anheim gestellt ist, so kann er die Bindung vermeiden und trägt daher weder die Gefahr des Untergangs noch die der Verschlechterung.

Sehr bestritten aber ist die Gefahr beim resolutiv bedingten Kauf auf Probe[1]). In diesem Falle trägt der Käufer die Gefahr, da, wie schon oben erwähnt, nach dem Untergang der Sache die Bedingung nicht mehr erfüllt werden kann[2]).

c) emtio ad mensuram.

Darunter versteht man den Kauf einer noch nicht ausgemessenen Quantität von Sachen, so dass der Preis nicht für die Gesamtheit der Sache im ganzen bestimmt wird, per aversionem, in Bausch und Bogen, sondern nach Masseinheit, deren Verhältnis zum Ganzen durch Zuwägen erst noch ermittelt werden soll. Ein solcher Kauf wird als

[1]) Sog. pactum displicentiae.

[2]) Ebenso Dernburg Pand. Bd. II, S. 261, Note 10. — A. A. Windscheid Bd. II, S. 594, Note 10.

bedingter aufgefasst, die Bedingung besteht in dem admetiri, dem Ausmessen. Wenn also dieser Komplex von Sachen vor Ausmessung untergeht, so kommt keine Kaufsobligation zustande; der Käufer trägt also nicht das periculum interitus. Tritt aber nur eine Verschlechterung ein, so ist die Erfüllung der Bedingung möglich, weil abgemessen werden kann; der Käufer trägt daher das periculum deteriorationis.

Wie stellt sich das Recht des B. G. B.[1]) zur Frage der Gefahrtragung bei bedingtem Kauf? Trägt hier der Käufer schon mit der Übergabe[2]) die Gefahr?

Bei einer aufschiebenden Bedingung regelmässig nicht. Mit dem Untergang der Kaufsache ist die Möglichkeit der Entstehung einer Kaufschuld ausgeschlossen, selbst wenn später die Bedingung eintreten sollte[3]). Der Verkäufer hat also bis zur Erfüllung der Bedingung die Gefahr zu tragen. Dagegen trifft die Gefahr den Käufer, wenn nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts die Bedingung rückwirkende Kraft hat. Denn in diesem Falle

---

[1]) Das B. G. B. hat die Lehre von den Bedingungen sehr kurz behandelt. Es setzt den Begriff als bekannt voraus.

[2]) Die Frage der Gefahrtragung bei bedingtem Kauf kann, wie Maase auf S. 29 richtig bemerkt, erst aufgeworfen werden, wenn die Sache dem Käufer bereits übergeben ist, da bis zur Übergabe die allgemeine Vorschrift des § 446 Platz greift. Vgl. auch Motive Bd. II, S. 324.

[3]) Oertmann S. 169, Note 5.

sind die Beteiligten beim Eintritt der Bedingung verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären (§ 159) [1]).

Beim Vorhandensein einer Resolutivbedingung ist die Frage — ebenso wie im gem. Recht — bestritten. Es wurde bereits oben dargetan, dass sich nach dem Untergang der Kaufsache die Bedingung der Auflösung nicht mehr perfizieren könne, da es an einem essentiale negotii mangelt. Es trägt daher der Käufer die Gefahr [2]).

II.

Kauf nach Probe.

Der Käufer bindet sich unbedingt, lässt sich aber von dem Verkäufer bestimmte Eigenschaften unter Bezugnahme auf einen bestimmten Probegegenstand zusagen. Von Suspension des Gefahrübergangs kann keine Rede sein. Nach röm. R. riskiert der Käufer sofort mit Kaufsabschluss das

---

[1]) Ebenso Cosack Bl. I, S. 406, Dernburg bgl. R. Bd. II², S. 27, Matthiass § 109 I, Planck Ausführungen zu § 446. Cosack und Planck folgern ihre Entscheidung aus der im § 158 gegebenen Regel über die Wirkung der Bedingung. Vgl. auch Motive Bd. I, S. 254.

[2]) Übereinstimmend Matthiass § 109 I, Oertmann S. 169. A. A. Cosack Bd. I, S. 406, Nr 10a und Planck Bd. II, § 446, Nr. 2c wegen des Wortlauts des § 158, Abs. 2. Dieser Paragraph setzt den Eintritt der Bedingung als geschehen voraus, sagt aber darüber, wann dies der Fall sei, gar nichts.

pretium bezahlen zu müssen, wenn durch casus der Verkäufer von seiner Leistung entbunden wird; nach dem B. G. B. trägt bis zur Übergabe der Verkäufer dieses Risiko und wird ihm vom Käufer erst abgenommen mit der Übergabe [1]).

III.

Kauf per aversionem.

Das ist der unbedingte Kauf einer Anzahl bestimmter Sachen, einer Masse in Bausch und Bogen, mit Bestimmung des Preises nicht nach Verhältnis der einzelnen Sache, sondern des Ganzen; der Anspruch ist auf Tradition jeder einzelnen Sache gerichtet. Die Entscheidung lautet wie bei II. Die Gefahr geht nach röm. R. auf den Käufer mit Abschluss des Kaufgeschäftes über, nach dem B. G. B., den Erbschaftskauf ausgenommen, erst mit Übergabe.

---

[1]) Die Frage der Beweislast ist bestritten. Dass nach Probe gekauft ist, hat der zu beweisen, der es behauptet und Rechte daraus herleitet, also regelmässig der Käufer. Denn weil bei einem Kauf nach Probe die Eigenschaften der Probe als zugesichert anzusehen sind (§ 494), liegt eine besondere Vertragsmodalität, eine Abweichung von der allgemeinen Regel des § 243, Abs. 1 vor, deren Vorhandensein derjenige zu beweisen hat, der sich darauf beruft. (Übereinstimmend Dernburg, bgl. R., Bd. II 2, S. 85, Matthiass Bd. I, S. 519, Oertmann S. 213. — A. A. Crome Bd. II, S. 484, Note 4 und Fischer-Henle Note 3 zu § 494. Letztere Auffassung, die in der Behauptung des Käufers, dass nach Probe gekauft sei, eine negative Litiskontestation erblickt, vertritt auch das R. O. H. G., Bd. 15, S. 53.)

IV.

Spezies- und Genuskauf.

A) Römisches Recht.

Die Frage, von welchem Moment an und in welchem Umfang die Gefahr übergeht, kann nur aufgeworfen werden, wenn eine species emta ist. Wird generell eine Sache gekauft, so ist von vornherein noch nicht bestimmt, welche kontrete Sache zu leisten ist[1]); der Schuldner hat die einzelne Sache aus dem genus zu wählen; erst im Moment der Leistung bestimmt sich das Leistungsobjekt. Solange überhaupt Sachen des bezeichneten genus existieren, kann die generische Obligation nicht unmöglich werden; daher können auch die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung und namentlich über die Aufhebung der Obligation durch unverschuldete Unmöglichkeit auf sie nicht angewendet werden. Der Schuldner wird durch den Verlust der generellen Leistung nicht befreit — genus non perit — und er trägt bei generischen Obligationen das periculum. Beim Spezieskauf gilt das umgekehrte Prinzip: species perit ei, cui debetur, d. h. creditori; der Gläubiger trägt die Gefahr.

Eine Ausnahme von der Regel, dass von einem kasuellen Untergang bei generischen Obligationen

[1]) Die Gattungsschuld ist nicht, wie schon behauptet worden ist, eine bedingte; denn die Verpflichtung zur Leistung besteht sofort (vgl. Crome Bd. II, S. 47, Note 10).

nicht die Rede sein kann, ergibt sich, wenn ein genus vollständig untergeht. Hier steht das Eingehen der Gattung dem Untergang des Individuums bei Speziesschulden gleich; der Schuldner wird daher frei und der Gläubiger trägt die Gefahr.

Während in der Regel bei genus-Obligationen von jeder culpa-Frage abstrahiert wird, weil eine Befreiung des Schuldners durch Unmöglichkeit der Leistung nicht denkbar ist, muss die Schuldfrage im Ausnahmefall — also wenn das genus verschwindet — untersucht werden[1]).

Beim Spezieskauf ist es gerade umgekehrt. Da Befreiung des Schuldners durch kasuelle Unmöglichkeit die Regel ist, so muss im Gegensatz zu den Genusobligationen die culpa-Frage stets untersucht werden; hier kann die dem Schuldner nicht zuzurechnende Unmöglichkeit mit der Wirkung, dass der Schuldner frei wird und der Gläubiger

---

[1]) z. B. Diamanten gehen auf einem Schiff ohne Schuld des Verkäufers unter, Diamanten von gleicher Grösse sind nicht mehr aufzutreiben; die Leistung des Verkäufers ist kasuell unmöglich und der Käufer trägt die Gefahr. — Anders, wenn den Schuldner (Verkäufer) eine Schuld trifft; z. B. ein Zentner Saazer Hopfen ist gekauft; das genus kann untergehn, aber wenn der Verkäufer schuldhafterweise so lange wartet, bis das genus nicht mehr vorhanden ist, so wird er nicht frei, sondern wegen der Grundsätze über mora kann der Käufer Schadensersatzansprüche geltend machen.

die Gefahr trägt, aus subjektiven[1]) und aus objektiven[2]) Gründen eintreten.

B) Das Recht des B. G. B.

In Betracht kommen folgende Vorschriften:

§ 279: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner,

[1]) z. B. die verkaufte Sache wird dem Schuldner gestohlen, der verkaufte Sklave entflieht, der Schuldner verliert das ihm anfänglich an der Sache zustehende Recht durch confiscatio publica.

Hinderungsgründe, die lediglich in der Person des Schuldners gelegen sind, können in der Regel eine wahre Unmöglichkeit nicht begründen. Denn die persönliche Unmöglichkeit der Sachleistung ist eine so wenig individuelle, dass eine Vertretung möglich ist.

Unverschuldete Unmöglichkeit liegt aber dann vor, wenn man an der persönlichen Sachleistung verhindert und auch ausserstande war, rechtzeitig einen Stellvertreter zu bekommen.

Die Fälle subjektiver Unmöglichkeit, die ihren Grund lediglich in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in seiner persönlichen Beziehung zum Leistungsgegenstand haben, bezeichnen die Quellen als difficultas dandi.

[2]) Hieher gehören vor allem Naturereignisse, deren Eintritt die Erfüllung der Obligation unmöglich macht. Die Unmöglichkeit der Spezialleistung tritt auch ein, wenn es sich um die Leistung eines Rechts handelt und das Leistungsobjekt verschwindet; z. B. es wird geschuldet die Einräumung der Ausübung einer Jagdgerechtigkeit und diese wird aufgehoben; infolge Gesetzesänderung sind Fälle möglich, wo eine anfänglich mögliche Leistung später unmöglich wird, z. B. Spielbankverbot; die Obligation auf Errichtung einer Spielbank hört auf.

solange die Leistung aus der Gattung möglich ist[1]), sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt".

z. B.: Ich verkaufe dem X hundert Zentner Weizen und denke dabei an den Weizen, den ich in meiner Scheune habe. Die Scheune samt Inhalt brennt ab. Frage: Muss ich den verkauften Weizen liefern? Ja; genus non perit. Es tritt keine Änderung in der Verpflichtung des Schuldners ein, „mag das Unvermögen verschuldet sein oder nicht" [2]).

§ 280: „Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen". — Ich verkaufe dem X die in der Scheune befindlichen 100 Zentner Weizen; Frage: Muss ich die

---

[1]) Unmöglich ist die Leistung aus der Gattung nicht bloss, wenn die Gattung nicht mehr existiert oder zur Leistung hinreicht, sondern auch bei relativer Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung; hieher gehören die Fälle, in denen die Leistung der Gattung zwar an sich möglich ist, aber mit so grossen Schwierigkeiten verbunden ist, dass nach der Verkehrsauffassung dies der Unmöglichkeit gleichzuachten ist (Planck zu § 279 Nr. 1). Aus der Praxis: Ungarischer Raps der 1870er Ernte konnte infolge des durch den deutsch-französischen Krieg unterbrochenen Frachtverkehrs nicht geliefert werden (R. O. H. G. VII S. 387): ähnlich bei Ausfuhrverboten, Blockade etc.

[2]) Matthiass, Bd. I, S. 379.

100 Zentner liefern auch im Fall eines Brandes? Nein; denn der Gegenstand der Leistung war in individuo bestimmt[1]).

Sobald der Schuldner durch Konzentration[2]) die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umgewandelt hat, wird er durch kasuelle Unmöglichkeit befreit (§ 275). Aber im Gegensatz zum römischen Recht erhält er, der Verkäufer, den Kaufpreis nicht, wenn zwischen Kaufabschluss und Übergabe diese species emta kasuell untergeht.

Wenn ich den Brandschaden verschuldet habe durch eine dolose Handlung oder durch Fahrlässigkeit, für welche ich haftbar bin, so muss ich dem X allen Schaden ersetzen, welchen dieser durch Nichterfüllung des Vertrags erleidet. Es ist die alte Forderung mit verändertem Leistungsinhalt. Diese Expansionsmöglichkeit der obligatio bezeichnen die Quellen als „perpetuatio obligationis".

---

[1]) Matthiass, S. 379: „Bei einer Speziesleistung steht das Unvermögen der objektiven Unmöglichkeit gleich" (§ 275 Abs. 2).

[2]) Über die Frage der Konzentration vgl. Crome, Band II, S. 50 ff., insbes. S. 52. Bei Holschulden genügt zur Konzentration die Ausscheidung des Individuums aus der Gattung zum Zwecke der Lieferung und Mitteilung dieses Aktes an den Gläubiger. (Die Ausscheidung allein vermag — weil nur ein ganz interner Akt — natürlich noch keine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf den ausgeschiedenen Gegenstand herbeizuführen). Bei Bringschulden ist zur Erreichung dieses Effektes Ablieferung beim Gläubiger nötig.

§ 281. Erlangt der Schuldner infolge eines Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen. — Y ist der Brandstifter, ich, der Schuldner (Verkäufer) bekomme die Versicherungssumme; alsdann kann X, der Gläubiger (Käufer) von mir die Herausgabe der für die verbrannten 100 Zentner Weizen erhaltenen Versicherungssumme fordern mit Rücksicht darauf, dass ich, der Schuldner, von meiner Leistungspflicht durch „Unmöglichkeit" befreit werde. Wäre die Unmöglichkeit aber durch mich selbst verschuldet, so könnte der X gemäss § 280 von mir Schadensersatz fordern und in diesem Fall würde sich die Schadensersatzsumme um den Betrag der Versicherungsgelder, „des Surrogates" [1]), mindern.

Subjektive Unmöglichkeit, „Unvermögen" im Sinne des § 275 Abs. 2 [2]), tritt konform mit dem römischen Recht jedenfalls dann ein, wenn die objektiven nicht in der Persönlichkeit des Schuldners liegenden Voraussetzungen zur Vornahme der Leistung sich nicht verwirklichen lassen. Die sachlichen Voraussetzungselemente sind nicht zu

---

[1]) Matthiass Bd. I, S. 380, 381.

[2]) Das B. G. B. spricht einmal von der „Unmöglichkeit der Leistung" und sodann von dem „Unvermögen des Schuldners zur Leistung". Hinsichtlich dieses Gegensatzes sei auf die zutreffenden Ausführungen von Kleineidam S. 3 ff. verwiesen.

beschaffen. Diese Tatsache wirkt gefahrüberwälzend für den Gläubiger und befreiend für den Schuldner. — Ich habe jemand den Auftrag gegeben, eine Statue für mich zu kaufen. Die Statue ist nicht mehr zu erhalten. Die Ausführung des Auftrags ist wegen Mangels der Vorbedingungen, unter denen die Leistung vorgenommen werden kann, unmöglich geworden. — Man hat Dampfschiffe gemietet für den Transport von Bauholz; es ergeht ein Verbot, dass sie fahren. Die Leistung des opus locatum ist unmöglich wegen Mangel der sachlichen Voraussetzungen[1]).

Bezüglich der sachlichen Hindernisse einer Arbeits- und Dienstleistung kommt mittelbar ebenfalls der Unterschied zwischen generisch und speziell bestimmten Sachen zur Geltung. Besteht die sachliche Voraussetzung in dem Verschaffen einer generisch bestimmten Leistung, so kann eine Unmöglichkeit nicht eintreten. — Ich gebe einem Uhrmacher eine Uhr zur Reparatur. Die Uhr geht bei einem Brand unter. Die Leistung erledigt sich von selbst. Aber das designierte Stück Leinwand, welches ein Buchbinder für ein Buch bestimmt

---

[1]) Bestritten ist, ob Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln vom Recht als „Unvermögen" behandelt wird. Dafür Kleineidam S. 18. Dagegen Dernburg bgl. R., Bd. II 1, S. 129. Vom praktischen Standpunkt aus verdient letztere Auffassung unbedingt den Vorzug. Das entgegengesetzte Prinzip würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen. (Vgl. Mot. Bd. II, S. 45.)

hatte, geht nicht unter. L. 15 D. de verborum obligationibus 45. 1: Ein Haus ist Gegenstand der obligatorischen Leistung. Nachdem der Meister das Haus schon zum Teil aufgeführt hat, stürzt es zusammen. Der Jurist Pomponius räumt einfach noch einmal ein spatium Zeit ein, um noch einmal aufzubauen, eben weil eine generische Leistung in Frage steht „integrum tempus computandum rursus ad aedificandam insulam".

Eine weitere Frage ist die, inwieweit eine Verhinderung des Schuldners an der Arbeits- und Dienstleistung, die in seinen persönlichen Verhältnissen ihren Grund hat, eine Unmöglichkeit begründet. Es ist zu unterscheiden, ob die Leistung ihrer Beschaffenheit und dem Sinn des Vertrages nach eine Stellvertretung zulässt oder nicht, ob sie eine fungible ist oder nicht.

Das Prinzip ist: Der Schuldner wird durch zufällige persönliche Verhinderung frei von der Verpflichtung, wenn die Leistung einen streng persönlichen, nicht fungiblen Charakter hat, sonst nur, wenn er keine Vertretung beschaffen kann. Im letzteren Fall wird nur zeitweilige Unmöglichkeit wegen persönlicher Hindernisse eintreten. L. 10 § 1 D. ad legem Rhodiam 14, 2: Man hat mit einem Schiffer kontrahiert, der Waren besorgen soll; dieser hat die Waren auf ein anderes Schiff verladen. Für den Fall des Unterganges dieses Schiffes wird die Ersatzpflicht besprochen. Es wird gesagt: wenn der „prior nauta rei publicae causa retentus navigare

cum tuis mercibus prohibitus fuerit", so sei er berechtigt gewesen, ein anderes Schiff zu substituieren.

Man sieht, wie aus derlei Stellen immanente Rechtsgesetze zu abstrahieren sind, welche keine Gesetzgebung zurückweisen kann.

Species- und Genuskauf fallen gleichmässig unter die Vorschrift des § 447. Denn der § 243 Abs. 2 bestimmt: „Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache". Sobald also der Schuldner die Auswahl getroffen und die aus der Gattung gewählte Sache dem Gläubiger angeboten oder der Post übergeben hat, so hat er das „seinerseits Erforderliche getan", er schuldet dann nicht mehr die Gattungssache, sondern die ausgewählte, individuell bestimmte Sache. Geht die Sache auf dem Transport infolge eines weder vom Verkäufer noch vom Käufer zu vertretenden Umstandes unter, so verliert der Verkäufer den Anspruch auf die Gegenleistung.

V.

Alternative Kaufsobligation.

A) Römisches Recht.

Die generische und alternative Kaufsobligation haben das gemeinsame einer anfänglich unvollständigen Bestimmtheit der Leistung.

Die generische Obligation bleibt aber solange bestehen, bis überhaupt nur noch ein Gegenstand

aus dem ganzen genus vorhanden ist. Folglich wird der Schuldner nach römischem Recht nur dann frei und geht die Gefahr nur unter der Voraussetzung auf den Gläubiger über, wenn das ganze genus untergehet (falls den Schuldner nicht eine culpa trifft).

Die alternative Obligation verändert ihre Natur, wenn bloss noch die eine Leistung möglich ist und die übrigen etwa durch Zufall untergegangen sind. Des näheren sind folgende Rechtssätze festzuhalten: Wenn beide zur Wahl verstellte Leistungen unmöglich werden, so geht die obligatio unter, der Gläubiger (Käufer) kann die Ware, der Schuldner (Verkäufer) kann den Kaufpreis nicht fordern — ultra posse nemo tenetur. Wird aber nur eine von mehreren Leistungen unmöglich und interveniert eine culpa, so ist zu unterscheiden, ob der Gläubiger oder der Schuldner die Wahl hat.

a) Hat der Gläubiger die Wahl und wird eine der mehreren Leistungen zufällig ohne jedes Verschulden unmöglich (Schimmel), so beschränkt sich sein Recht auf die übrig gebliebene Leistung (Rappen). Er trägt also die Gefahr bezüglich der kasuell unmöglich gewordenen Leistung und hat nicht etwa wahlweise Ersatzforderung für den kasuell untergegangenen Schimmel. Ist aber dem Schuldner die Unmöglichkeit imputabel, so hat der Gläubiger die Wahl zwischen der Interesseleistung für die vereitelte Leistung (Schimmel) oder der übrigen Leistung (Rappen). Denn der Schuldner kann den Gläubiger

durch seine Schuld nicht in eine schlechtere Lage versetzen. Befreiung des Schuldners durch Unmöglichkeit der Leistung tritt also dann nie ein, wenn ihn eine culpa trifft.

b) Wenn der Schuldner wählen darf und die eine Leistung (Schimmel) zufällig untergeht, so bleibt er zu der andern Leistung (Rappen) verpflichtet; aber es wäre unbillig, ihn unter dem Zufall leiden zu lassen, die Wahlmöglichkeit darf ihm also nicht entzogen werden; er hat mit Rücksicht auf das unverschuldet Unmögliche die Wahl zwischen dem andern Gegenstand (Rappen) und der vera rei aestimatio (dem Sachwert, dem commune, justum pretium, Marktpreis). Nicht das volle Interesse des Gläubigers hat er zu ersetzen, sondern nur „quanti omnibus valeret“ (der getötete Sklave–Schimmel; l. 23 D. ad legem Aquiliam 9,3).

Der Gläubiger trägt insofern die Gefahr, als er trotz kasuellen Untergangs der einen Leistung kein festes Recht auf die übrig gebliebene Leistung (Rappen) hat, sondern sich die Substitution des commune pretium an Stelle des untergegangenen Leistungsobjekts (Schimmel) gefallen lassen muss. Hat der Schuldner aber kulposer Weise die Unmöglichkeit herbeigeführt, so ergibt sich mit Notwendigkeit das Resultat, dass er auf die übrig gebliebene Leistung in Anspruch genommen werden kann.

Die unangenehme Folge des schuldvollen Verhaltens zeigt sich bloss in der Vereitelung des

Wahlrechts des Schuldners. Wenn aber die übrig gebliebene Leistung (der Rappen) durch Zufall untergeht, so wird der Schuldner dadurch nicht befreit. Er hat durch sein schuldvolles Vernichten des Schimmels die Obligation in eine andere Lage gebracht; er hat also dem Gläubiger, dem Käufer, das volle Interesse zu ersetzen, ihn, den Verkäufer trifft die Gefahr; trotz des casus hat er dem Käufer für die möglichen weiteren Schadensfälle (den Untergang auch des Rappens) einzustehen[1]).

B) Das Recht des B. G. B.

Das B. G. B. hat die Bestimmungen des röm. R. vollständig recipiert.

Wenn die zur Wahl stehenden Leistungen von Anfang an unmöglich sind, so ist der ganze Vertrag nichtig (§ 306). Ist nur eine der Leistungen von Anfang an unmöglich, so konzentriert sich die Forderung auf die noch mögliche Leistung[2]), aber es hat, wie im röm. R., derjenige, der die Unmöglichkeit kannte, dem Geschädigten das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, vorausgesetzt, dass der Beschädigte sich nicht selbst einer culpa

---

[1]) Hier ist die Denkform nicht „quanti omnibus valeret", sondern das futurum exactum; analog: omnia quaecunque habiturus esset, si is, qui dejectus est, non dejectus fuisset; l. 1 § 41 D. de vi 43,16.

[2]) d. h. die alternative verwandelt sich in eine einfache Schuld. Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Wahlbefugnis dem Gläubiger oder dem Schuldner zustand.

schuldig macht. § 307: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss". Für die Anwendung der Grundsätze des periculum ist aber sofort auch nach dem B. G. B. Raum, sobald nach der Entstehung des Schuldverhältnisses die Unmöglichkeit eintritt.

a) Hat der Gläubiger die Wahl und ist die Unmöglichkeit dem Schuldner nicht zuzurechnen, so bleibt die Forderung eben auf die allein mögliche Leistung beschränkt; für die kasuell unmögliche kann der Gläubiger nicht wahlweise Ersatz fordern und insofern trägt er die Gefahr. Aber übereinstimmend mit dem römischen Recht ist „die Einschränkung überall da ausgeschlossen, wo der Gegner des Wahlberechtigten durch seine Schuld das Wahlrecht des anderen Teils verkümmert" [1]). Dem Gläubiger verbleibt also im Fall kulposen Verhaltens des Schuldners die Wahlmöglichkeit zwischen der noch übrig gebliebenen Leistung und der Interesseleistung für die vereitelte Leistung (§ 325).

b) Ist der Schuldner wahlberechtigt und ist durch die Schuld des Gläubigers die eine der zu wählenden Leistungen unmöglich geworden, so ist der Schuldner insofern von jeder Leistung befreit, als er sich gerade für die unmöglich gewordene Leistung entscheiden darf, diese aber nicht zu

---

[1]) Matthiass Bd. I, S. 335.

erfüllen vermag oder braucht. Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, dass ja gerade jene Leistung für den Schuldner die bequemste sein kann, welche durch Verschulden des Gläubigers unmöglich geworden ist und dass der Schuldner deshalb in keine ungünstigere Lage kommen darf. Von dieser Erwägung ausgehend wird man Cosack nicht beipflichten können, der (in Bd. I, S. 310) schlechtweg sagt, „wenn der Schuldner wahlberechtigt ist, so ist er frei", wenn der Gläubiger den Umstand zu vertreten hat, infolge dessen die eine der zur Wahl stehenden Leistungen unmöglich geworden ist.

Darf der Schuldner sich gerade für die unmöglich gewordene Leistung entscheiden, so muss ihm auch die Wahl bleiben zwischen dem Sachwert der unmöglich gewordenen Leistung und der noch übrig gebliebenen Leistung [1]).

§ 5.

Die Feststellung des Perfektionsmoments für den Übergang der Gefahr nach römischem Recht und nach B. G. B.

A) Römisches Recht.

Die Feststellung der Perfektionsmoments ist wichtig wegen des casus. Das periculum geht auf den Käufer im Moment der erfolgten Annahme

---

[1]) So Dernburg bgl. R. Bd. II, S. 102 oben und Crome Bd. II, S. 98.

über. Antrag und Annahme sind die beiden Elemente, durch welche das „vinculum obligationis contrahitur".

1. Der Antrag.

Derselbe kann beliebig geäussert werden, mündlich, schriftlich oder durch konkludente Handlungen. Perfekt wird der Antrag aber erst dadurch, dass er dem Adressaten inhaltlich zur Kenntnis gekommen ist. Es soll ein Willensentschluss des Adressaten hervorgerufen werden; ohne Mitteilung ist also noch gar nichts in die Seele des Adressaten hineingelegt, wodurch ein Entschluss möglich ist. Nicht das Sprechen, nicht das Schreiben bilden die Offerte, — dies sind nur die notwendigen Voraussetzungen der Offerte — sondern das intelligere[1]).

Der Antrag ist nicht perfekt, wenn etwas anderes mitgeteilt wurde als gewollt ist. Der Bote z. B. übermittelt etwas ganz anderes als ihm aufgetragen ist; das ist kein rechtsgiltiger Antrag.

Der Antrag muss, da er im wesentlichen die Grundlage für den künftigen Vertrag schafft, ein vollständiger Vertragsentwurf sein, so dass der andere Teil (Käufer) nur einzuwilligen hat. Aus dem Antrag muss der Inhalt der Leistung ersichtlich sein. Er muss ferner in bindender Absicht

---

[1]) l. 48 D. de obligationibus et actionibus 44,7: intelligere et consentire posse. Die Übergabe des Briefes genügt also nicht.

gestellt sein. Fehlt es an diesen Erfordernissen, so liegt höchstens eine Aufforderung zum Stellen von Anträgen vor[1]).

Der Antrag muss, um vollendet zu sein, demjenigen kundgegeben sein, mit dem der Antragsteller das Obligationsverhältnis begründen will[2]). Nicht erforderlich ist, dass der Antragsteller diesen Adressaten auch persönlich kennt, für ihn kann der Adressat eine persona incerta sein[3]).

2. Wirkungen des Antrags.

a) Für den Oblaten.

Der Offerent erklärt, dass er für den Fall der Annahme der Offerte berechtigt oder verpflichtet sein will; damit erhält der Oblat die Möglichkeit, durch Annahme das Vertragsverhältnis und damit die beabsichtigte obligatio zustande zu bringen.

Der Oblat hat die freie Wahl zwischen Annahme und Ablehnung; unterlässt er jede Erklärung auf die Offerte, so ist daraus weder ein Schluss auf Ablehnung noch Zusagewillen zu ziehen — qui tacet, non consentit, sed etiam non dissentit. Es ist beweismässig in concreto festzustellen, ob ein

---

[1]) Dies ist z. B. der Fall bei allen Zeitungsannoncen, Warenanpreisungen etc. Den meisten derartigen Aufforderungen fehlt ausserdem noch die genügende Bestimmtheit eines andern Obligationssubjekts; schon deswegen kann von einer rechtsverbindlichen Offerte keine Rede sein.

[2]) oder dessen Stellvertreter.

[3]) cf. auch den iactus missilium.

Fall vorliegt, wo die Einwilligung subintelligiert wird, obgleich der Oblat nichts erwidert.

Wo den Oblaten nicht ein besonderes Vertrauensverhältnis nötigt, braucht er nicht zu antworten. Aber wie ist zu entscheiden, wenn mit der Offerte Zusendungen von Wertobjekten erfolgen (Bücher, Lose?) Der Oblat ist bezüglich der Sache zu nichts verpflichtet, namentlich nicht zur Rücksendung, auch nicht auf Kosten des Offerenten. Ein Depositionsvertrag liegt nicht vor; dazu fehlen die Voraussetzungen: Der Offerent will nicht deponieren und der Oblat will nicht aufbewahren. Von einem Gefahrübergang auf den Oblaten kann daher nicht die Rede sein. Jeder zufällige Schaden trifft den Offerenten. Der Offerent hat eine rei vindicatio und wenn der Oblat die Sache verbraucht, unter Umständen eine condictio sine causa. Wenn aber der Oblat sich der zugesandten Sache etwa aus Gefälligkeit annimmt, so ist er damit noch nicht gebunden, aber es liegt darin der Beginn einer negotiorum gestio, aus welcher der Oblat nicht für omnis culpa, sondern nur für dolus und culpa lata haftet, weil die Geschäftsführung nur zur blossen Schadensabwendung geschieht — die Gefahr bleibt nach wie vor beim Offerenten[1]).

Die Möglichkeit der Annahme ist zeitlich beschränkt. Auf einen Antrag unter Anwesenden muss die Annahme in continenti, ohne Verzug

---

[1]) l. 3 § 9 D. de negotiis gestis 3,5.

erfolgen, jedenfalls aber bevor beide Teile auseinander gehen; kein anderes Geschäft soll sich dazwischen schieben [1]).

Über die Annahmefrist unter Abwesenden entscheidet die besondere Bestimmung des Antragenden; in Ermangelung einer solchen Bestimmung fehlt es nach gem. R. an einer festen Zeitbestimmung [2]).

b) Für den Antragsteller.

Durch den fertigen Antrag entsteht für den Offerenten die rechtliche Möglichkeit, infolge Annahme des Oblaten ohne weiteres eigenes Zutun in das Obligationsverhältnis zu treten; es handelt sich um eine condicio juris. Damit ist ein Zustand rechtlicher Gebundenheit für denjenigen begründet, der im Antrag ein Versprechen leistet. Mit diesen vorbereitenden Handlungen, soweit sie ein Versprechen enthalten, ist eine rechtliche Gebundenheit da, obgleich die Obligation

---

[1]) l. 137 pr. D. 45,1 de verb. obl.

[2]) Es ist analog in Anwendung zu bringen, was über die Genehmigungsfristen in den Quellen gesagt ist. l. 13 D. de solutionibus et liberationibus 46,3: Der dominus müsse ratihabieren, sobald er von dem Vorgang unterrichtet sei; das sei aber mit einem spatium zu verstehen „cum quodam spatio temporis accipi debet.... et quod magis intellectu quam elocutione exprimi possit".

Die Abmessung dieser Frist steht also im richterlichen Ermessen; es wird ankommen auf die Entfernung, auf die Art der Leistung; cf. auch Art. 319 und § 147 ff.

noch nicht fertig ist. Hier erhebt sich aber sofort die Frage: Kann der Offerent durch Abgabe einer entgegengesetzten Erklärung in dem Zwischenstadium zwischen Mitteilung und Annahme den Antrag bis zur Annahme widerrufen? — Z. B. Heute wird ein Brief mit dem Antrag nach Berlin abgeschickt und morgen durch ein den Brief überholendes Telegramm widerrufen. Hört damit die Gebundenheit auf? Selbstverständlich ist, dass der Antrag, ehe er mitgeteilt ist, widerrufen werden kann, denn der Antrag wird ja erst mit der Mitteilung fertig. Kommt also die Widerrufserklärung gleichzeitig mit dem Antrag an oder noch vorher, so kann der Antrag gar nicht zustande kommen. (cf. Art. 320 und § 130). Die Frage ist die, ob man nach Zustandekommen des Antrags noch widerrufen kann?

Ehe der Oblat den proponierten Vertrag auf sich bezogen hat, steht in jenem Zwischenstadium zwischen Mitteilung und Annahme der Gebundenheitszustand noch in der freien Disposition des Offerenten [1]).

---

[1]) z. B. A. bietet dem B. eine Uhr zum Kauf an. B. besinnt sich; A. kann seinem Gebundenheitszustand dadurch ein Ende machen, dass er das Angebot zurückzieht, bevor B. sich auf den Kauf einlässt. Während dieses Pendenzzustandes geht ein zufälliger Schaden, den die Uhr nimmt, zu Lasten des A. — Das B. G. B. hat im Gegensatz zum römischen Recht, das viel zu sehr auf dem einseitig individualistischen Standpunkt (der formalen Widerruflichkeit der Erklärung als eines

Damit der Widerruf wirksam sei, muss der Oblat diesen gerade so erfahren, wie die Antragserklärung. Es kann also nicht genügen, wenn der Brief mit Widerrufserklärung geschrieben und in den Briefkasten gelegt ist[1]). Besonders instruktiv, namentlich auch bezüglich der Frage, wer trägt das periculum, bis der Oblat den Antrag und analog den Widerruf erfährt, ist die l. 17 § 1 D. pro socio 17, 2: „si absenti enuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is acquiscivit, qui renuntiavit, in commune redigi debet, detrimentum autem solius eius esse, qui renuntiaverit; sed quod absens aquiscivit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse". Ferner l. 38 pr. D. de acquirenda posessione 41, 2. Die aus dieser Stelle abzuleitende, die Ansicht Windscheids widerlegende Rechtsregel geht dahin: Wer schreibt (Antrag stellt), widerruft „destinationem suam magis in id tempus confert, quo servus certior factus fuerit" — der Herr verliert die tatsächliche Herrschaft über den Sklaven, dem er die Freilassungserklärung schriftlich zugehen lässt, nicht „statim",

---

rein einseitigen Aktes) stand, durch die Bestimmung des § 145 dem Bedürfnis der Verkehrssicherheit Rechnung getragen. § 145 stellt den Grundsatz der Gebundenheit an den Vertragsantrag auf. (Vgl. Motive Bd. I, S. 165 f.) — A. A. für das gem. R. Bekker, § 94 Beil. IV.

[1]) So die herrschende Meinung. A. A. Windscheid Bd. II, S. 229, weil die Existenz der Willenserklärung nicht erst mit ihrem Gelangen an den Gegner beginne.

sondern erst, wenn dieser sie in Erfahrung gebracht hat[1]).

3. Die Annahme, Acceptation.

Die Willenserklärung des Oblaten, durch welche er die angetragene Obligation auf sich bezieht, ist das letzte Element, durch welches das „vinculum obligationis contrahitur". Die Einwilligungserklärung muss sich genau mit dem Inhalt des Antrags decken. Nur eine vorbehaltslose Zusage ist imstande, eine Einigung herbeizuführen[2]).

Das Missverständnis hindert selbstverständlich das Zustandekommen des Vertrages, weil die Erklärungen sich nicht decken; z. B. Käufer hat

[1]) Es ist aber zulässig, dass der Antragsteller einen Antrag mit absoluter Bindung auf gewisse Zeit stellt, einen Antrag stellt mit der Modifikation, dass er bis zu einem gewissen Zeitpunkt gebunden sein und auf das Widerrufsrecht verzichten wolle. Es ist dies Interpretationssache; nicht aus jeder Gewährung einer Bedenkzeit wird man einen solchen absoluten Bindungswillen folgern dürfen. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs liegt Gebundenheit mit Unwiderruflichkeit, der Offerent soll sich die Sache vorher überlegen, ehe er den Antrag stellt. Daher hat das H. G. B. ä. F. bei handelsgeschäftlichen Verträgen den Widerruf bis zum Zeitpunkte der zu erwartenden Annahme ausgeschlossen. Der Offerent kann jedoch diese absolute, temporäre Gebundenheit ausschliessen, z. B. durch die Klausel: sine obligo (Art. 319).

[2]) l 1 § 3 D. de pactis 2,14: „conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt".

das Pferd A haben wollen, der Verkäufer schickt jedoch das Pferd B; hier liegt Mangel des Vertragseinheitswillens vor[1]).

Womit ist die Einwilligungserklärung vollendet?

Wenn der Antrag an einen Anwesenden (inter praesentes) gestellt wird, so muss zweifellos die Annahme dem Antragsteller mitgeteilt, von ihm wahrgenommen werden. Erst mit diesem Moment ist die Annahme inter präsentes perfekt geworden, so bei der Stipulation[2]).

Sehr streitig aber ist die Frage bezüglich der Verträge unter Abwesenden[3]). Regel ist auch hier,

---

[1]) Erfolgt keine reine Ablehnung, so liegt hierin keine reine Negative. Es ist dies Ablehnung verbunden mit einer neuen Offerte. Die „Bedingungen" in Artikel 322 sind genommen im Sinn von Modifikationen, die der Offerent dem Oblaten gemacht hat (cf. auch § 150).

[2]) l. 1 pr. D. de verborum obligationibus 45,1: „se invicem exaudire".

[3]) Es stehen sich zwei Ansichten gegenüber: Die Äusserungs- oder Deklarationstheorie und die Vernehmungs- oder Reszissionstheorie (über die Begriffe vgl. Windscheid, Bd. II, S. 225, Note 2 und 3).

Wäre die erstere Theorie richtig, dann müsste die blosse Niederschrift einer zusagenden Antwort Vertragsschluss sein (so Thöl, Bd. I, S. 737). Das kann unmöglich der Fall sein. Die Vertreter dieser Theorie differieren übrigens in ihren Ansichten. Scheurl in Iherings Jahrb., Bd. II, S. 259 erachtet die Annahme für vollendet „durch den ersten Schritt zu ihrer Übermittelung an den Offerenten". Aber auch der zur Post gegebene Brief kann vom Oblaten wieder zurück-

dass die Annahmeerklärung dem abwesenden Antragsteller zugestellt worden sein muss. Aber der Offerent muss auf die Antworten aufmerksam sein, die auf seine Offerten einlaufen. Es genügt daher, dass der Offerent vom Oblaten in die Lage versetzt ist, den Inhalt der Einwilligung unmittelbar wahrzunehmen (sog. Empfangstheorie).

Antwort des Oblaten ist nicht erforderlich:

α) Bei allen Realofferten[1]).

Hier genügt unter Abwesenden die Annahme der übersandten Sache mit dem Willen, auf die

verlangt werden, ohne dass dadurch irgend ein Recht des Offerenten verletzt würde.

Die Vernehmungstheorie hat manche Misslichkeiten im Gefolge: Der Offerent kann die Kenntnisnahme von der Antwort des Oblaten willkürlich hinausschieben, ja selbst vereiteln; der Zeitpunkt der Vertragsentstehung ist schwer zu beweisen. Diese praktischen Erwägungen führten dahin, die Wirkung der Annahmeerklärung an den Zeitpunkt zu knüpfen, in welchem der Offerent unter normalen Verhältnissen von der Antwort Kenntnis nehmen kann. Mit dieser praktischen Modifikation bezeichnet man die Vernehmungstheorie als Empfangstheorie. Sie wird u. a. von Dernburg (Pand. II, S. 30) vertreten.

Eigentümliche Theorien entwickeln Windscheid (§ 306) und Sohm, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. XVII, S. 81 f. Letzterer nennt seine Theorie „Realisierungs-Theorie".

[1]) Gegensatz: Verbalofferte oder Verbaloblation. — Durch die genannten Ausdrücke bezeichnet man den Gegensatz zwischen Anbieten mit unmittelbarer Darreichung des Leistungsgegenstandes, und Anbieten ohne eine solche Darreichung. Die Realofferte gestaltet sich übrigens je nach der Art der Leistung verschieden. (Vgl. Matthiass Bd. I, § 81 II).

Offerte einzugehen[1]). In Frage stehen lauter dingliche Verträge; sobald ich angenommen habe, bin ich Eigentümer, ohne dass eine Rückantwort erfolgt ist. Leihrechte, Pfandrechte habe ich in dem Moment, wo mir der Kommodant, der Pfandbesteller leiht, verpfändet. Dabei besteht bei den Realkontrakten des Darlehens einerseits, der Leihe und der Hinterlegung anderseits bezgl. des periculum folgender Unterschied: Während bei den letzteren die Verpflichtung auf Restitution einer bestimmten species gerichtet ist, so dass der Schuldner frei wird, wenn ihm das Nichtzurückerstattenkönnen nicht angerechnet werden kann, kann beim Darlehen Befreiung des Schuldners durch kasuelle Unmöglichkeit nicht eintreten. Die Frage, welchen Grad der culpa der Darlehensschuldner zu prästieren habe, kann gar nicht gestellt werden, ist eine Vexierfrage, denn das Darlehen bezieht sich stets auf eine generische Leistung. Diese geht nicht unter; weil die Basis der Unmöglichkeit der Leistung fehlt, so muss der Schuldner stets leisten: ob er eine species ausgeschieden hatte und diese untergeht, ist (Annahmeverzug des Gläubigers ausgenommen) gleichgiltig.

β) Eine Rückantwort ist nicht nötig in allen Fällen, in welchen der Offerent eine Annahme in

[1]) Dadurch kommt ein sog. Realvertrag zustande. Über den Begriff der Realverträge vgl. Windscheid Bd. II S. 257, Note 4.

Worten gar nicht erwartet, sondern die sofortige Ausführung der angetragenen Obligation seitens des Oblaten gewollt und diesen Willen irgendwie erklärt hat. Die Annahme liegt in der sofortigen Ausführung und sobald diese begonnen hat, besteht der Vertrag[1]).

B) Das Recht des B. G. B.

Wann ist übergeben nach B. G. B.?

Die „Übergabe" einer Sache besteht darin, dass der Besitz gemäss §§ 854 und 870 übertragen wird. Der Besitzwille ist hienach als notwendiges Erfordernis des Besitzerwerbes nicht anerkannt, sondern es genügt die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Der Besitzwechsel ist vollzogen, sobald die Sache in den Machtbereich desjenigen, an den die Übergabe erfolgt, gelangt und damit der Einwirkung des Tradenten entzogen wird[2]).

Als Übergabe gilt aber nicht bloss die Übertragung des unmittelbaren Besitzes, sondern auch jede Rechtshandlung, welche bei der Übereignung beweglicher Sachen die Übergabe „ersetzt" (B. G. B.

[1]) Dahin gehören alle Kaufanträge, welche mit dem Ausdruck „bestellen" gemacht werden.

[2]) cf. Witthoff, Deutsche Jur.-Ztg. 1903, S. 149 f.: Die Übergabe und der Verkauf des Gases an den Konsumenten ist mit dem Augenblicke bewirkt, in welchem das Gas den Messer durchströmt hat. Gleichzeitig geht die Gefahr gem. § 446 auf den Käufer über.

§§ 929 ff.). Die Übergabe kann sich also auch mittels traditio brevi manu und constitutum possessorium vollziehen. (Vgl. des Näheren Martinius S. 54 ff.) Ob auch eine sog. Vindikationszession (§ 931) genüge, ist bestritten. Begnügt sich der Käufer mit der Abtretung des Anspruches — verpflichtet ist er dazu ja nicht, § 433 — so wirkt nach § 931 diese der wirklichen Übergabe gleich; man wird daher anzunehmen haben, dass der Ersatz der Übergabe durch diesen Akt auch bezgl. des Gefahrübergangs gelte[1]).

Spezies- und Genuskauf.

Die erste Voraussetzung für den Vollzug des Besitzwechsels ist „Individualisierung", „Konkretisierung", „Konzentration" auf eine individuell bestimmte Sache. Die Motive der 2. Kommission sagen: Konkretisierung und Gefahrübergang sind notwendige Korrelate. — Die Gefahr geht über, d. h. der Schuldner wird durch kasuellen Untergang bezw. Verschlechterung frei und den Schaden trägt der Gläubiger, sobald der Schuldner die individuell bestimmte Sache übergibt, absendet, das Grundstück auflässt. Solange das nicht

[1]) Übereinstimmend Cosack Bd. I, S. 405, Crome Bd. II, S. 416, Dernburg bgl. R. Bd. II 2, S. 26, Kisch S. 62, Martinius S. 55, Matthiass § 105 I, Oertmann S. 168, Titze S. 256 f. A. A. hiefür und auch für das constitutum possessorium Planck § 446 2 b, weil das nicht Übergabe sei, sondern nur Ersatz der Übergabe hinsichtlich der Übereignung.

geschehen ist, trifft jeder etwa vorher eintretende zufällige Schaden den Schuldner (Verkäufer). Dieses in § 243 Abs. 2 zum Ausdruck gebrachte Prinzip gilt gleichmässig für den Spezies- wie für den Genuskauf. Im Moment der Übergabe muss auch beim Genuskauf der Verkäufer die zu übergebende species aus dem geschuldeten genus ausgeschieden haben. Zur Zeit des Gefahrüberganges kann nur eine species in Betracht kommen. Nach römischem Recht konnte der Schuldner zur Zeit des Gefahrübergangs entweder individuell oder bloss generisch verpflichtet sein. Daher ist auch die Frage, wer ist Gefahrträger, verschieden zu beantworten, jenachdem es sich um einen Spezies- oder Genuskauf handelt.

Die Frage nach dem Gefahrübergang fällt hienach zusammen mit der Antwort auf die Frage, wann hat der Schuldner das „seinerseits erforderliche getan?“ (§ 243 Abs. 2). Die Sache muss in den Machtbereich des Gläubigers gelangen. Hiezu ist Besitzübergabe erforderlich. Aber die Parteien können Eigentum auf jede gesetzlich zulässige Weise, als auch mittels brevi manu traditio und constitutum possessorium wirksam übertragen. Das gilt gleichmässig für bewegliche Sachen und Grundstücke.

Die Spezialbestimmungen des B. G. B.

1. Nach der Vorschrift des § 446 Abs. 2 ist zum Gefahrübergang beim Grundstücksverkauf

Übergabe nicht erforderlich, wenn vor Übergabe Eintragung in das Grundbuch erfolgt[1]). Wird das verkaufte Grundstück durch die Gewalt der Fluten weggerissen, so geht auch ohne Übergabe die Gefahr mit der Auflassung über.

2. Vor und trotz fehlender Übergabe geht Gefahr über und zwar wieder ohne Unterschied, ob ein Spezies- oder Genuskauf in Frage steht, im Falle des Annahmeverzugs des Gläubigers. Hierzu ist aber regelmässig Realoblation erforderlich. Der Schuldner muss sich nicht bloss bereit erklären, die Leistung in Zukunft vorzunehmen, sondern er muss den Gläubiger in den Stand setzen, sie sofort in Empfang zu nehmen[2]). § 243 Abs. 2: „Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf d i e s e Sache". Die Spezialbestimmung im § 300 Abs. 2 enthält die Anwendung von § 243 Abs. 2[3]).

Der Haftungsgrad des Schuldners mindert sich vom Moment des Gläubigerverzugs ab wie nach römischem Recht, gleichviel ob die geschuldete

---

[1]) Darin liegt eine wichtige Abweichung von dem § 323. Denn der Verkäufer hat weder mit der Übergabe, noch mit der Eintragung allein die ihm obliegende Verpflichtung erfüllt (§ 433 Abs. 1).

[2]) Vgl. Urteil des Reichsgerichts v. 12. Juni 1880: Kein Verzug des Käufers vor Anbietung der Ware am Ablieferungsort durch den Verkäufer.

[3]) Vgl. auch § 324.

Leistung eine spezielle oder generisch bestimmte ist. Der Gläubiger hat den Schaden (periculum) zu tragen, der dem Schuldner dadurch erwachsen ist, dass die zur Leistung bestimmten Gegenstände kasuell untergehen, er muss den Kaufpreis zahlen, ohne dass er die Kaufsache erhält.

Indes wird nach B. G. B. der Käufer nach eingetretener Fälligkeit schon durch die mündliche Aufforderung in Annahmeverzug versetzt (§ 284). Er trägt also von diesem Zeitpunkt an die Gefahr, obgleich die Übergabe noch nicht erfolgt ist; denn der Annahmeverzug steht der Annahme gleich (vgl. auch §§ 295 und 297).

3. Die Ausnahmebestimmung beim Erbschaftskauf ist schon oben erwähnt. Der Käufer riskiert den Kaufpreis bezahlen zu müssen, obgleich er die Erbschaftsgegenstände nicht erhält, wenn der Verkäufer, ohne dass ihn eine Schuld trifft, nicht leisten kann (§ 2380).

4. Selbstverständlich kann durch Parteiabrede ein früherer oder späterer Gefahrübergang vereinbart werden, denn die Regel des § 446 enthält nicht zwingendes Recht.

5. Die Regel des § 446 erleidet eine Ausnahme beim Versendungskauf: § 447. Der Käufer trägt die Transportgefahr. Spezies- und Genuskauf begründen keinen Unterschied; ja, es ist der Genuskauf die Hauptanwendungsform des § 447 im Grosshandel. Aber nur dann, wenn ein „Verlangen des Käufers“ vorliegt, dass die verkaufte Sache nach

einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet werde, muss der Käufer die zu seinen Ungunsten sich vollziehende Verschiebung des Gefahrübergangs sich gefallen lassen. Liegt ein solches Verlangen nicht vor oder hat der Verkäufer das „Verlangen" (was er ja kann) abgelehnt, so verbleibt es beim gesetzlichen Erfüllungsort. —

a) Hat der Schuldner an seinem eigenen Wohnort zu erfüllen, so geht die Gefahr auf den Käufer als Gläubiger über, wenn er diesem die Sache an seinem, des Schuldners Wohnort, übergeben hat; Tradition und Gefahrübergang fallen zusammen.

b) Hat der Schuldner am Wohnort des Käufers zu erfüllen und zu diesem Zweck behufs Versendung Übermittelungspersonen (Spediteur, Frachtführer) zugezogen, so trägt der Verkäufer die Gefahr und zwar nicht bloss bis zur Ankunft der Kaufsache am Bestimmungsort, sondern bis sie dem Adressaten zur Verfügung gestellt wird. Tradition und Gefahrübergang erfolgen auch hier gleichzeitig.

c) Fallen aber Erfüllungsort und Bestimmungsort, nach welchem auf Verlangen des Käufers der Verkäufer die Ware versendet, auseinander, so geht die Gefahr auf den Käufer über mit Übergabe an die Übermittlungsperson. Die volle Gefahr trifft den Verkäufer, wenn für ihn vertragsgemäss der Bestimmungsort auch Erfüllungsort sein sollte, aus dem Grunde, weil die Ankunft der Ware daselbst zu seinen Verbindlichkeiten als Verkäufer gehört;

er wird deshalb trotz der Absendung von der ihm obliegenden Vertretungspflicht nicht frei. Umgekehrt kann der Schuldner auch ohne Wechsel des bei ihm gegebenen Erfüllungsortes die Transportgefahr ausdrücklich übernehmen[1]).

Zum Schluss dieses Paragraphen noch einige Worte über die Wirkung der Gefahr nach Übergabe. Die Wirkung der Gefahr nach Übergabe äussert sich in der Weise, dass dem Träger der Gefahr einerseits eine Ersatzforderung für den Fall des Untergangs oder der Verschlechterung abgegesprochen ist, anderseits er Dritten gegenüber für haftverbindlich erklärt ist. Die Art, wie das Vermögen des Gefahrträgers geschädigt erscheint, kann verschieden sein, je nachdem der Gläubiger oder der Schuldner getroffen ist. Bei einseitigen Schuldverhältnissen trägt der Gläubiger die Gefahr, wenn er seinen Anspruch ohne Ersatz verliert (§§ 275, 300, Abs. 2, 379), der Schuldner, wenn er für den untergegangenen Vermögenswert Ersatz leisten muss (§§ 270, 588). Bei gegenseitigen Schuldverhältnissen trifft die Gefahr den Gläubiger, wenn er, ohne die Leistung zu erhalten, seinerseits erfüllen muss, den Schuldner dagegen, wenn derselbe zwar frei wird, aber auch die Gegenleistung

[1]) Dass hier der Erfüllungsort der gleiche bleibt, ist wichtig für die Kosten. Auf der anderen Seite liegt in der Übernahme der Transportkosten nicht auch notwendig die der Gefahr (vgl. H.G.B.ä.F., Art. 345).

nicht erhält (§ 323) oder wenn er diese zwar empfängt, aber nur gegen eine neue Leistung von seiner Seite (§ 323, Abs. 2).

§ 6.

Die rechtliche Lage der beim Kaufgeschäft beteiligten Parteien nach röm. R. und B. G. B.

Vergleicht man die rechtliche Lage der beim Kauf beteiligten Parteien nach r. R. und B. G. B., so ergibt sich folgendes Resultat: Nach beiden Rechten ist dem Verkäufer von dem Zeitpunkt der Perfektion des Kaufvertrags ab jede Verfügungsgewalt über die merx entzogen. Beide Rechte machen es dem Verkäufer zur Pflicht, die Kaufsache bis zur Übergabe und zwar solange der Käufer nicht in mora ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen pater familias aufzubewahren. Aber das röm. R. gab mit der Überwälzung der Gefahr auf den Käufer schon vom Kaufsabschluss ab dem Verkäufer mehr als das B. G. B. Was verschlug es dem römischen Verkäufer, ob bis zur Übergabe die Kaufsache unterging? Sofern er deren Untergang nicht verschuldete, hatte er mit Perfektion des Kaufvertrags ein festes Recht auf Bezahlung des pretium gegen den Käufer gewonnen. Damit war seine Kreditfähigkeit und -würdigkeit gesteigert. Die Solvenz des Käufers vorausgesetzt, durfte er sicher sein, durch Zession sich ein Entgelt für das pretium verschaffen zu können.

Anders nach dem Recht des B. G. B.

Das Recht des Verkäufers, dem die Hände mit Abschluss des Vertrags geradeso gebunden sind wie nach römischem Recht, erscheint als ein gebrechliches. Wenn das verkaufte Pferd vor der Übergabe durch Zufall krepiert, so trifft der Verlust den Verkäufer. Der Käufer braucht den Kaufpreis nicht zu bezahlen, der Kauf ist hinfällig. Dieser Anspruch auf den Kaufpreis, welcher jeden Augenblick durch zufälligen Untergang der Kaufsache in Frage gestellt werden kann, repräsentiert kein Aktivum des Verkäufers, welches er verwerten, zedieren, mittels dessen er sich Kredit verschaffen könnte.

Umgekehrt ist nach dem Recht des B. G. B. die Lage des Käufers eine weit günstigere als nach dem römischen Recht. Er braucht ja den Kaufpreis nicht zu bezahlen, wenn das Pferd durch Zufall vor Übergabe krepiert. Er kann, je nachdem die wechselnde Konjunktur ihm das eine oder das andere vorteilhaft erscheinen lässt, sofortige Erfüllung oder Erfüllnng erst zu späterer Zeit verlangen, ja die Säumnis des Schuldners und evtl. der Untergang der Kaufsache kann ihm sogar erwünscht sein. wenn er sich sagen muss, aller Nutzen liegt für mich darin, dass rechtzeitig nicht erfüllt wurde, es war für mich, den Käufer, ein Glück, dass die Spekulation scheiterte — er riskiert dabei rein gar nichts.

Nach röm. R. dagegen riskierte der Käufer als Gefahrträger von Abschluss des Vertrages ab schon

von diesem Zeitpunkt ab bezahlen zu müssen, obgleich er keine merx erhielt. Zahlen musste er unter allen Umständen, sein Interesse erheischte es, auf sofortigen Vollzug des Kaufes zu dringen und es nicht darauf ankommen zu lassen, ob in der Zwischenzeit bis zur Übergabe die Sache beim Verkäufer kasuell unterging.

II. Teil.

Begründung des Satzes „periculum est emtoris".

A) Übersicht und Kritik der bisherigen Erklärungsversuche.

Vorbemerkung: Die Wissenschaft hat eine Reihe der künstlichsten und einander widersprechendsten Erklärungsversuche zutage gefördert, um die scheinbare Härte und Unbilligkeit zu rechtfertigen, welche in der fortdauernden Haftung des Käufers trotz Befreiung des Verkäufers von seiner Leistungspflicht bei kasuellem Untergang der Kaufsache gelegen ist. Keine der bisher vertretenen Ansichten hat sich den Rang einer herrschenden zu verschaffen vermocht, da gegen jede von anderer Seite triftige Gegengründe vorgebracht wurden.

§ 7.

Die Theorie auf Grund der Natur der zweiseitigen Verträge.

Dieser Theorie fehlt das willkürliche der Erfüllungs- und Entäusserungstheorie; denn sie sucht aus der Natur des wechselseitigen Vertrages das Kriterium dafür, ob der Satz: „periculum est emtoris" überhaupt begründet werden kann oder nicht. Hervorzuheben sind hier Dernburg und Bruns.

Wenn der wechselseitige Vertrag begriffsnotwendig zwei selbständige, von einander unabhängige Obligationen erzeugt, wie Dernburg behauptet[1]), so ist die logisch korrekte Folge der Tatsache, dass die Leistung des Verkäufers kasuell unmöglich geworden ist, die, dass er frei wird; dagegen ist die Leistung des Käufers ja immer noch möglich und so ist von diesem Prinzip aus die Sache ganz konsequent geregelt, wenn die Geldobligation bestehen bleibt.

Dagegen sind die Bedenken, welche man gegen die Rechtfertigung des Satzes aus der Natur des wechselseitigen Vertrages erhoben hat, vollaus dann berechtigt, wenn man Wechselseitigkeit so auffasst, dass man nur Geld gegen Ware und nicht losgelöst von Ware Geld zu leisten hat. Denn die Auffassung, welche die zweiseitigen Rechtsgeschäfte als zwei selbständige und von einander völlig unabhängige Obligationen hinstellt, steht mit dem Wesen der gegenseitigen Obligationen in entschiedenem Widerspruch. Die causa promittendi des Verkäufers besteht in der promissio des Käufers, „die Leistungen der beiden Kontrahenten stehen in der genauesten Wechselbeziehung zu einander"[2]) dergestalt, dass jeder ein Äquivalent für die Leistung verspricht, die ihm der andere Vertragsteil gibt. Das Wegfallen der Leistung, sofern es nicht durch

---

[1]) Pand. II, § 20, S. 59.

[2]) Mommsen, Beitr. z. Obl.R. Bd. I, S. 348.

Erfüllung erfolgt, hat daher auch den Wegfall der Gegenleistung zur Folge[1]).

Bruns[2]), der zu dem gleichen Ergebnis gelangt wie Dernburg, sagt: „Bei gegenseitigen Obligationen, namentlich beim Kauf, folgt aus dem Prinzip der Befreiung durch Zufall, dass, wenn nur Einer durch Zufall frei wird, der Andere zahlen muss, obwohl er nichts bekommt. Man hat dies für unbillig und der Gegenseitigkeit widersprechend gehalten. Allein die Gegenseitigkeit besteht nicht darin, dass jeder nur zu geben hat, sofern er etwas bekommt, sondern darin, dass jeder nur verpflichtet wird, sofern der Andere auch entsprechend verpflichtet wird".

§ 8.

Die Fiktionstheorie.

Diejenigen, welche mit einer Fiktion operieren, unterscheiden sich von einander durch die Art der Rechtfertigung ihrer Ansichten.

A) Erklärung des Satzes aus der Fiktion der culpa.

(Theorie von Jhering und Puntschart.)

Jhering führt aus: Wer den Aufschub der Erfüllung verschuldet, hat auch die schädlichen Folgen des Zufalls zu tragen. Darum trägt sie bei

[1]) cf. hierzu die Ausführungen von Voss S. 61 ff.

[2]) Holtzendorffs Encycl. S. 518 f.

der Verpflichtung zur Leistung einer speziellen Sache der morose Teil[1]).

Fingiert wird ohne weiteres eine Verschuldung des Käufers, dass nicht sofort erfüllt wurde. Der Gegenschluss ist sofort gegeben: Trifft den Käufer keine Schuld an dem Aufschub, so hat er den Schaden nicht zu tragen und das periculum bleibt eben beim Verkäufer. Das ist petitio principii und wäre immer erst zu beweisen, dass es dem Käufer zuzurechnen ist, warum nicht sofort tradiert wurde. Wird seine Schuld bewiesen, steht fest, dass die Erfüllung der Obligation schuldvoll von dem Käufer verzögert wurde, so braucht man den Satz „periculum est emtoris" gar nicht, um den Käufer für den zufälligen Schaden haftbar zu machen. Das ist die allgemeine Folge der mora accipiendi, dass die Prästationspflicht, der Haftungsgrad des Verkäufers, von diesem Moment ab sich auf dolus und culpa lata herabmindert[2]).

Wird umgekehrt der Beweis geführt, dass der Käufer mit der Empfangnahme der Ware nicht im Verzug war, so trifft ihn auch keine culpa. Es fehlt die wesentliche Voraussetzung der mora accipiendi. Die für diesen Tatbestand normierten Rechtswirkungen können auf einen anderen gar nicht vorhandenen auch nicht übertragen werden. Aus diesem Grund kann das periculum vor Tradition

[1]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 3, S. 461—466.

[2]) cf. l. 72 pr. de solutionibus 46,3.

auf den Käufer nicht übergehen. Für die Anwendung der Regel „periculum est emtoris“ ist gar kein Raum[1]).

Dernburg, Pand. II § 96, S. 263, Note 3 hält Jhering noch entgegen, dass der Käufer den Aufschub sofortiger Erfüllung unmöglich dann verschuldet haben könne, wenn vielleicht im Interesse des Verkäufers kontraktlich die Leistung der Ware auf einen späteren Termin verschoben worden ist. Kann der Käufer vor dem Termin gar nicht fordern, so kann doch eine gar nicht bestehende Schuld des Käufers fingiert werden, um so den Gefahrübergang auf ihn zu rechtfertigen!

Die gleichen Argumente, welche zur Widerlegung der Jheringschen Theorie angeführt worden sind, erweisen sich auch bezüglich der Puntschartschen Anschauung als zutreffend[2]).

Vorausgesetzt ist Anbieten der Leistung am gehörigen Ort zu gehöriger Zeit und in der geschuldeten Beschaffenheit. Der Verkäufer muss den Käufer in den Stand gesetzt haben, die Sache sofort in Empfang zu nehmen.

[1]) Die logischen Schlussfolgerungen von Voss S. 32 und 33 sind wohl unanfechtbar.

[2]) Puntschart, fund. Rechtsverhältnisse S. 219: „Das, was Übergang der Gefahr genannt wird, ist also die vom Gesetze aus Gründen der Billigkeit verfügte Überwälzung des kasuellen Schadens von dem, welcher davon in Wirklichkeit betroffen wurde, auf den, welcher davon zwar nicht betroffen wurde, aber betroffen worden wäre, wenn die Tradition nicht seinetwegen unterblieben wäre.“

Hat der Käufer, sagt Puntschart l. c. S. 220, von dieser effektiven Leistungsbereitschaft des Verkäufers Kenntnis, so genügt das Vorhandensein dieser Voraussetzung zum Gefahrübergang und „muss die Gefahr auf den Käufer übergehen ebenso im Fall seines Nichtannehmenkönnens wie in dem seines Nichtannehmenwollens".

Aber wenn der Begriff der mora notwendig ein Verschulden des Käufers voraussetzt, so ist die Nichtannahme dann nicht auf seinen Willen als causa efficiens zurückzuführen, wenn der Käufer nicht annehmen kann.

Kann er nicht annehmen, so ist er ausser Schuld und können im Fall kasuellen Untergangs der Kaufsache auch die Grundsätze der mora accipiendi auf ihn nicht Anwendung finden.

Will er nicht annehmen, so geht das periculum allerdings vor der Tradition auf ihn über, aber wie oben erwähnt, nicht wegen des Satzes „periculum est emtoris", sondern weil eine Folge der mora accipiendi der Übergang der Haftung vom Schuldner auf den Gläubiger ist.

B) Erklärung des strittigen Satzes aus der Fiktion der Erfüllung.

Dieser Theorie liegt der Gedanke zugrunde, dass mit dem Tatbestand der kasuell unmöglich gewordenen Leistung des Verkäufers die Rechtswirkung der Erfüllung verknüpft sei.

Es sind hier zu nennen:

a) Wächter[1]).

Wächter gelangt zur Fiktionstheorie auf Grund der l. 5 § 2 D. de resc. vend. 18,5[2]); der Verkäufer wird von seiner Verbindlichkeit liberiert, weil der Zufall für Erfüllung gilt (ac si traditus fuisset). Zur Begründung seines Standpunktes beruft sich Wächter auf die beiden Rechtsprinzipien: impossibilium nulla obligatio[3]) und casus a nemine praestantur[4]). Zu etwas, was unmöglich ist oder unmöglich geworden ist, kann man rechtlich nicht verpflichtet sein.

Damit ist zwar erklärt, warum der Verkäufer von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, nicht aber, warum der Käufer trotzdem noch die Gegenleistung soll entrichten müssen. Aber freilich sagt Dernburg: „Seinem, des Verkäufers, Anspruch auf den Kaufpreis steht nichts im Wege", wenn der Verkäufer von seiner Verpflichtung infolge kasuellen Untergangs frei wird und ganz auf demselben Standpunkt steht Wächter mit der Begründung seiner Fiktionstheorie unter Bezugnahme auf die beiden obigen Sätze.

Wächter kann zu der Überwälzung der Gefahr auf den Käufer in der Zwischenzeit zwischen Kaufs-

---

[1]) Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 15, S. 189 ff.

[2]) Die Stelle ist abgedruckt, l. cit., S. 196, oben.

[3]) l. 187 D. de reg. juris 50.17.

[4]) l. 23 D. eod. i. f.

abschluss und Tradition nur kommen auf der Grundlage der Dernburgschen Ansicht, wonach das entwickelte römische Recht jedem der Kontrahenten beim Kaufgeschäfte einen selbständigen und klagbaren Anspruch auf die ihm versprochene Leistung gewährt habe.

Damit ist das Wesen der wechselseitigen Verträge preisgegeben[1]). Dernburg verkennt diese von Brinz gezogene Konsequenz auch gar nicht, er bestätigt sie als richtig[2]).

b) Koch.

Der Kochsche Satz[3]), dass „jeder sein eigenes Unglück zu tragen habe", gilt im Rechtsverkehr nur, wenn das Unglück verschuldet ist und er gilt gerade nicht, wenn das Unglück unverschuldet ist. Zufall bedeutet aber Abwesenheit der Verschuldung.

Zu dem weiteren Rechtfertigungsversuch Kochs unter der Begründung, „der Aufschub der Erfüllung sei etwas dem Geschäfte fremdartiges und zufälliges und könne dieser Umstand auf das Geschäft keine Wirkungen äussern" ist zu bemerken: Ist die Wechselseitigkeit zu verstehen im Sinn von Austausch von Leistung und Gegenleistung, so ist der Satz „periculum est emtoris" nicht zu erklären,

---

[1]) Brinz, Pand. II, § 277, S. 318, Note 12: „Nur unter vollständiger Preisgebung der Gegenseitigkeit lässt sich von den zwei angeführten Sätzen zum periculum emtoris gelangen".

[2]) cf. Dernburg, Pand. II, § 20.

[3]) Koch, Recht der Forderungen, Bd. I, S. 203 f.

gleichviel ob das Kaufgeschäft Zug um Zug sich abwickelt, oder ob die Übergabeverpflichtung des Verkäufers eine befristete ist.

c) Soweit Fuchs und Ude[1]) die Theorie vertreten — durch Zufall unmöglich gewordene Erfüllung steht an Stelle der Erfüllung — sind ihnen die gleichen Argumente entgegenzuhalten wie Wächter: Es ist nur erklärt, warum der Verkäufer frei wird, aber es ist nicht erklärt, warum der Käufer gebunden bleibt.

Wenn Fuchs weiter sagt, „die Billigkeit spreche für den Schuldner", so ist zuzugeben, dass die Unbilligkeiten, welche entstehen würden, wenn den Verkäufer das periculum träfe, allerdings noch grössere wären. Treffend führt dies Wächter[2]) aus, indem er die dem praktischen Verkehrsleben entsprechende Auffassung vertritt, dass es „weit härter wäre, dem Verkäufer den Schaden aufzubürden, dem die Hände zur Abwendung des Schadens gebunden waren (weil er infolge des Kaufkontraktes über die Sache nicht mehr anderweitig disponieren konnte) als dem Käufer, zu dessen Besten dem Verkäufer die Hände gebunden waren".

d) Vangerow.

Vangerow sagt in den Pandekten III, § 591, S. 211: „Was im Falle alsbaldiger Leistung unzweifelhaft Rechtens ist, das soll auch Rechtens

---

[1]) Arch. f. ziv. Pr., Bd. 34, S. 112 ff. und Bd. 48, S. 398.

[2]) Arch. f. civ. Pr. Bd. 15, S. 197 und 198.

bleiben, wenn ein rechtmässiger Aufschub der Leistung vorkommt und zwar umsomehr, da ja dem Promittenten vom Augenblick des perfekten Vertrags an die freie Disposition über seine Sache entzogen ist".

Die Rechtswirkung, die sich an den juristischen Tatbestand der vollzogenen Tradition knüpft — Übergang der Gefahr auf den Käufer — wird auf den neunormierten Tatbestand — rechtmässiger Aufschub der Tradition — übertragen.

Mit der Ansicht Vangerows, die im Erfolg auf die Ansicht Dernburgs hinausläuft[1]), ist für die Erklärung des Satzes nichts gewonnen.

Die Sache ist kasuell untergegangen, der Verkäufer ist infolgedessen von seiner Verpflichtung befreit. Die Leistung des Käufers ist aber noch möglich, also trägt er die Gefahr.

Das trifft gleichmässig zu, ob normaler Weise dem Käufer die gekaufte Sache übergeben worden wäre oder ob z. B. der Verkäufer aus Gefälligkeit sich mit dem Vorschlag des Käufers, dass die Sache noch einige Zeit im Gewahrsam des Verkäufers bleiben solle, einverstanden erklärt hat (rechtmässiger Aufschub der Tradition).

[1]) Pand. II § 20: „Mit der Theorie, dass aus synallagmatischen Kontrakten jeder Teil nur verbunden sei, gegen Angebot der Gegenleistung zu leisten, dass also die Obligation auf einen Austausch der gegenseitig versprochenen Leistungen gerichtet sei, ist der Satz periculum est emtoris unvereinbar."

e) Eine ähnliche Begründung des Satzes wie Vangerow gibt Puchta (Pand. § 302), den „innere Gründe“ zu der Behauptung veranlassen: „Sowenig im Fall sofortiger Vollziehung eine Partei das Empfangene einbüssen würde, weil das von ihr Gegebene bei dem Empfänger zugrunde geht, ebensowenig kann der rechtmässige Aufschub der Vollziehung diese Wirkung haben, der Schuldner wird befreit und erhält die Gegenleistung.“

Ihm schliesst sich Arndts an (Pand. § 275).

Bei Puchta wie bei Arndts ist übrigens der Billigkeitsgedanke vorherrschend: Der Verkäufer, den kein Vorwurf trifft, soll keinen Nachteil haben.

f) Auch Mommsen
vertrat ursprünglich die Theorie von der fingierten Erfüllung der durch Zufall unmöglich gewordenen Leistung des Verkäufers[1]). Wie kam Mommsen zu dieser Ansicht? Er vergleicht die Wächtersche Ansicht mit der Kochschen[2]), findet erstere nur dann als annehmbar, wenn man „die gegenseitigen Obligationen so auffasse, als ob dieselben aus zwei völlig von einander unabhängigen Obligationen beständen, von welchen die eine auf Leistung, die andere auf Gegenleistung gerichtet sei“. Das sei aber nicht das richtig verstandene Wesen der

[1]) Unmöglichkeit der Leistung S. 349.

[2]) l. c. S. 347.

wechselseitigen Obligationen; „die Leistungen der beiden Kontrahenten stehen in genauester Wechselbeziehung zu einander, das Wegfallen der Leistung, sofern es nicht durch Erfüllung erfolgt, hat auch den Wegfall der Gegenleistung zur Folge".

Mit dieser Auffassung des Wesens der gegenseitigen Obligationen ist der Satz „periculum est emtoris" unvereinbar. Nur sofern die Leistung durch Erfüllung wegfällt, bleibt die Gegenleistung bestehen. Damit war die Brücke zu der Theorie von der fingierten Erfüllung gegeben.

Mommsen gesteht selbst zu, dass dieser Erklärungsversuch nur ein Notbehelf für ihn ist[1]). Aber dieser Notbehelf befriedigte ihn nicht[2]), daher sein Entschlusswechsel und Übergang zu den Anhängern der Entäusserungstheorie durch den Satz[3]): „Sowie ein perfekter Kaufkontrakt über eine Sache abgeschlossen ist, sehen die Römer es so an, als ob die Sache dem Käufer gewissermassen schon geleistet sei, als ob sie ihm schon gehöre".

---

[1]) „Es bleibt in der Tat nichts anderes übrig, als die gedachte Regel aus einer Fiktion der Erfüllung herzuleiten". (l. c. S. 349.)

[2]) Schon im 3. Band seiner Beiträge (1855), S. 422, hatte er den Rückzug von der Fiktionstheorie angetreten.

[3]) Erörterungen über die Regel: commodum eius esse debet cuius periculum est (1859) S. 29 ff.

§ 9.

Die Entäusserungstheorie.

Diese Theorie erklärt den Satz „periculum est emtoris" aus der Natur des Kaufvertrags als eines Entäusserungsgeschäftes. Ihr liegt die Anschauung zugrunde, dass die Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrags dem Käufer gewissermassen schon gehöre. Der wirklichen Übergabe messen die Anhänger dieser Theorie nur nebensächliche Bedeutung bei[1]).

a) Westphal.

Westphal (vom Kaufe, § 581) sagt: „Dem Käufer fehlt wohl vor der Übergabe Eigentum und Besitz; demohnerachtet ist es gleich nach richtig gewordenem Handel fast (!) so gut, als wenn er schon Eigentümer wäre".

b) Kuntze

hat in seiner Inaug.-Dissert.: „In obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat" die Entäusserungstheorie am ausführlichsten begründet. Er sagt (S. 25 ff.). der Ausdruck Perfektion habe beim Kaufvertrag eine weitergehende Bedeutung als bei anderen Verträgen. Er bezeichnet den Übergang des Kauf-

---

[1]) Im franz. Recht (code civil art. 1138, 1583) wird der Kauf als entgeltlicher dinglicher Vertrag behandelt. Abschluss des Kaufvertrags und Vermögensübergang fallen hier stets zusammen. Selbstverständlich muss dann der Käufer sofort die Gefahr tragen.

gegenstandes in das Vermögen des Käufers. Zwar findet dieser Übergang nicht formell statt, wohl aber materiell.

c) Windscheid

hat wenige Jahre nach dem Erscheinen der ebenerwähnten Abhandlung seinen Standpunkt in der Heidelberger krit. Zeitschr., Bd. II, S. 136 und 137 (1855) dargelegt: „Verkaufen heisst, erklären, dass ein Anderer meine Sache haben soll. Verkaufen heisst nicht, versprechen, einem Anderen seine Sache geben zu wollen ... Sobald der Kaufvertrag perfekt ist, hat der Käufer die Sache bereits in seinem Vermögen ...“

Später modifizierte er seine Anschauung[1]): „Die Parteien werden gegeneinander rechtlich so behandelt, als wenn die (verkaufte) Sache in das Vermögen des Käufers übergegangen wäre, und der Sinn des Gesetzes ist eben der, dass die blosse Verkaufserklärung zwischen den Parteien dieselbe Wirkung hervorbringen soll, welche an und für sich nur der Tradition zugeschrieben werden dürfte“.

d) Pernice:

(S. 462) „Dem Satz liegt der Gedanke zugrunde, dass mit der Perfektion des Vertrags die Sache schon in das Vermögen des Käufers übergegangen sei“.

---

[1]) Pand. II, § 390.

e) Endemann:

„Die Sache gehöre, wenn auch nicht körperlich, doch dem Werte nach dem andern Kontrahenten". (Hand.-R., S. 533).

f) Keller:

„Nach dem durchschnittlichen Bewusstsein der Menschen im Verkehr erscheint die Sache von dem Augenblick des Kaufabschlusses an als dem Verkäufer wesentlich entfremdet". (Pand. § 329.)

g) Stintzing:

„Perfecta est emtio bedeutet nicht bloss: der Vertrag ist abgeschlossen, es heisst: das Nehmen (emere), der Erwerb der Sache ist vollzogen. Dieser kaufrechtliche Erwerb ist mehr als eine obligatorische Berechtigung und weniger als der durch die Tradition vermittelte dingliche Erwerb, ein habere im Gegensatz zum Eigentum, ein Mittelbegriff, der freilich der juristischen Bestimmtheit ermangelt, der aber besteht und praktisch verwertet ist, auch der Vorstellung des Lebens entspricht". (Jahrb. f. Dogm. Bd. 10, Abh. 3).

Die Ansicht Stintzings erscheint auch von

h) Huschke

angenommen: Es liege schon im Kaufe selbst die prinzipale, wenn auch nur inchoative Aneignung (das Recht der publicianischen Klage S. 62).

i) Lenel:

„Der Satz ist die blosse Kehrseite der Rechte des Käufers; er ist die Konsequenz des wirtschaftlichen Habens". (Jahrb. f. Dogm. Bd. 19, S. 216).

k) Bernhöft[1]):

„In der Verkaufserklärung liegt zugleich die Erklärung des Übertragungswillens“ (Beitrag zur Lehre vom Kauf — i. d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 14, S. 81 ff. u. S. 126 ff.).

l) Bechmann:

Der Satz periculum est emtoris bilde ein Surrogat für den Mangel des sofortigen Vollzugs und für die Notwendigkeit der Tradition (Kauf Bd. II, S. 102)[2]).

Kritik der Entäusserungstheorie.

Die Verteidiger der Entäusserungstheorie weisen hauptsächlich auf die — immerhin unsichere — etymologische Bedeutung von emere hin. Aber selbst wenn wirklich emere im alten Sprachgebrauch accipere, d. h. ansichnehmen[3]) bedeutet hat, dann lässt dieser Beweisgrund nur auf die

---

[1]) cf. auch Kauf, Miete und verwandte Verträge S. 45, Note 1.

[2]) Zu den Anhängern der Entäusserungstheorie ist auch Goose zu rechnen, dessen Begründung jedoch auf sehr schwachen Füssen steht. Er stellt, von der älteren Windscheid'schen Ansicht ausgehend, das Prinzip auf: Den Zufall trägt derjenige, dessen Vermögen betroffen ist (Jahrb. f. Dogm. Bd. 9, S. 199).

Das Vermögen des Käufers wird aber gerade infolge des Satzes: „periculum est emtoris“ durch den casus betroffen. Für die Erklärung des Satzes ist dadurch also nichts gewonnen.

[3]) Pernice S. 456.

ursprüngliche Gestalt des Kaufes als eines sofortigen körperlichen Gebens und Nehmens schliessen, nimmermehr aber auf die Wirkung dieses Geschäftes in der späteren Zeit, wo es eine wesentliche Veränderung erfahren hatte. Wäre die Entäusserungstheorie richtig, dann müsste es einen Entäusserungsvertrag geben, der zwischen dem dinglichen und obligatorischen Vertrag als Übergangsform in der Mitte stände; in Laienkreisen begegnet man ja auch heutzutage vielfach der Auffassung, es sei nach Abschluss des Kaufvertrags so anzusehen, als ob der verkaufte Gegenstand schon dem Käufer gehöre. Allein juristisch besteht ein solches Zwittereigentum nicht.

Das gewichtigste Argument zur Widerlegung der Entäusserungstheorie ist zu entnehmen der Wirkung, welche die Tradition für die internen Verhältnisse der Parteien schafft. Es lässt sich zugunsten der Verkehrsauffassung nicht anführen, dass die Tradition für die internen Beziehungen der Parteien ein gleichgiltiges Faktum wäre und dass von diesem Gesichtspunkt aus die Auffassung, als ob auch ohne Tradition nach Abschluss des Kaufvertrags die Kaufsache als in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen werden könne, zu rechtfertigen ist.

Wo zeigt sich denn das Vermögen, das „in bonis esse" des Käufers, „das wirtschaftliche Haben des Käufers" (Lenel), „das Übergegangensein in das Vermögen des Käufers" (Windscheid), „der Um-

tausch, der nicht notwendig Übergabe der gekauften Sache erfordere“ (Jakubezky)[1]), wenn der Verkäufer, noch ehe Tradition erfolgt ist, die Kaufsache an einen Dritten weiter veräussert und diesem übergibt. Kann etwa der erste Käufer unter Berufung auf seinen schon begründeten Erwerb, sein wirtschaftliches Haben, die Sache von dem Dritten vindizieren? Das könnte er nur, wenn das röm. Recht seinen kaufrechtlichen Erwerb mit der Kraft des Eigentumsübergangs ausgerüstet hätte. Das ist aber gerade nicht der Fall, der Kaufvertrag, der nur obligatorische Verpflichtungen schaffen kann, findet seinen notwendigen Ergänzungsbegriff in der Tradition, wenn der Verkauf eine Veräusserung, der Kauf schon einen Erwerb begründen soll. Das ist im römischen Recht mit aller Schärfe durch den Satz ausgesprochen: traditionibus et usucapionibus dominia transferuntur, non nudis pactis[2]).

Allerdings, solange der Kauf sich vollzog in dem Austausch von Ware gegen Ware, später gegen Geld, hatte die Vorschrift, wonach die Gefahr sofort auf den Käufer überging, ihre innere Berech-

---

[1]) Jakubezky S. 84 (zu § 368): „Die Gefahr geht mit dem Zustandekommen des Umtausches über, welchen der Vertrag bezweckt und der Umtausch erfordert nicht notwendig Übergabe der gekauften Sache, sondern vollzieht sich schon vorher in dem Augenblicke, von welchem an der Käufer nur noch mit der Sache, der Verkäufer nur noch mit dem Kaufpreis zu rechnen hat“.

[2]) l. 20 C. de pactis 2, 3.

tigung. Aber diese Struktur des Kaufes wurde ja von den Römern aufgegeben. Man erkannte die formlose Vereinbarung, den reinen consensus, als bindend an. Der Kauf als Kreditgeschäft und die Übernahme von gegenseitigen obligatorischen Verpflichtungen wurde die Regel. Trotzdem hielt man an dem auffallenden Satze fest.

Man steht somit vor der Alternative, den Römern, welchen es doch an Rechtsverstand nicht gefehlt hat, zuzutrauen, dass sie aus lauter Gedankenlosigkeit den Satz, obgleich mit der veränderten Struktur des Kaufes seine innere Berechtigung in Wegfall gekommen war, haben stehen lassen oder dass es ihnen an schöpferischer Energie gefehlt hat, um sich zu einer der veränderten Struktur entsprechenden Änderung des Satzes durchzuringen.

Beides ist gleich ungereimt anzunehmen und mit dieser deductio ad absurdum sind die historischen Erklärungsversuche als abgetan zu erachten[1]).

§ 10.

Die Erklärung unseres Satzes vom Standpunkt der Billigkeit.

Die Freiheit des Verkäufers von der Gefahrtragung haben manche Schriftsteller auch vom

[1]) Damit ist auch Petrazyckis Ansicht (S. 45) widerlegt, dass die röm. Regeln über den konsensualen Kauf ein Überbleibsel eines älteren Rechtszustandes sind; desgleichen die Ansicht von Czyhlarz, S. 182 Anmerkung.

Standpunkt der Billigkeit aus zu rechtfertigen versucht, so Eck[1]), Goldschmidt[2]), Hartmann[3]) und Regelsberger[4]).

Eck sagt: „Beim Handelskauf muss der Verkäufer schon vom Vertragsabschlusse an sich aller Dispositionen über die Ware enthalten und sie für den Käufer aufbewahren; dieser Sachlage entspricht es, den letzteren mit der Gefahr zu belasten".

Ähnlich äussern sich die übrigen oben genannten Schriftsteller. Der Verkäufer, dem zu Gunsten des Käufers die Hände gebunden seien, sei ausserstande, die Sache anderweit zu verkaufen und die Gefahr ihres Untergangs oder ihrer Verschlechterung von sich auf einen anderen abzuwälzen. Darum wäre es ungerechtfertigt, ihn den eventuellen Schaden tragen zu lassen.

Wie aber, wenn der Verkäufer entgegen seiner Verpflichtung, sich aller Dispositionen über die Ware zu enthalten, sie doch weiter veräussert und dem neuen Käufer durch Tradition das Eigentum verschafft? Dann widerspricht es doch gewiss der durch die Schuld des Verkäufers geschaffenen Sachlage, dem ersten Käufer auch noch die Gefahr für eine Sache aufzubürden, welche er gar nicht mehr

[1]) In Holtzendorffs Rechtslex., Bd. 2, S. 440 (3. Aufl.)
[2]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 15, S. 621.
[3]) Arch. f. ziv. Pr., Bd. 79, S. 386.
[4]) Arch. f. ziv. Pr., Bd. 49, S. 204.

erhalten kann, weil sein bloss obligatorisches Recht gegen das dingliche Recht des zweiten Käufers nicht aufzukommen vermag [1]).

B. Standpunkt des Verfassers.

§ 11.

Zweckmässigkeit des römischen Satzes „periculum est emtoris".

Dass der Satz periculum est emtoris sich als zweckmässig erwiesen hat, beweist die Tatsache allein schon, dass die Römer, obgleich sie einen ausgedehnten Handel trieben, doch den Satz auch für den Handelsverkehr bestehen liessen. Die Römer hatten kein besonderes Handelsrecht, wenn sie auch durch den Kontakt mit den verschiedenen Völkern internationale Sätze aufgenommen haben,

[1]) Dernburg, Pand. II, S. 265 hält Hartmann noch entgegen: Aus dem gleichen von Hartmann befürworteten Grunde müsste bei einem suspensiv bedingten Kaufe, eben weil der Verkäufer nicht mehr in der Lage ist, solange die Bedingung schwebt, die Sache anderweitig zu verkaufen und so die Gefahr von sich abzuwälzen, der Käufer die Gefahr des Unterganges tragen. Dennoch trägt der Verkäufer das periculum interitus.

Dagegen sind die Ausführungen Petrazyckis auf S. 46, unten nicht ganz einwandfrei; Petrazyckis Argumentation ist nur für den Fall richtig, dass die Modalität des Aufschubs der Leistung den Preis vergrössert; dann ist die Freiheit des Verkäufers von der Gefahrtragung allerdings nicht zu billigen.

z. B. pecunia trajectitia, lex Rhodia de jactu. Der Grund, warum sie kein besonderes Handelsrecht brauchten, lag in der inneren Vollkommenheit des römischen Rechts, lag darin, dass das allgemeine bürgerliche Recht reich genug ausgebildet war, um allen Anforderungen auch des Handelsverkehrs zu entsprechen; — auch für diesen hatte unser Satz sich als richtig bewährt. Beweis per arg. a contrario: Wie schon erwähnt, ist man von dem ursprünglichen Formalprinzip abgewichen. Man erkannte die formlose Vereinbarung, den reinen consensus, als bindend an und abstrahierte von jeder äusseren fides-Garantie. Durch die Bedürfnisse des Verkehrs, durch die grossen Handelsbeziehungen sah man sich dazu geradezu genötigt, weil der Verkehr durch die Form in zu strenge Fesseln geschlagen war.

Die römischen Gesetzgeber untersuchten die Obligationen; was sich mit Rücksicht auf die veränderten Verkehrsverhältnisse nicht mehr halten liess, wurde beseitigt; aus der Tatsache, dass man den fraglichen Rechtssatz nicht beseitigte, ist der notwendige Rückschluss zu ziehen, dass er auch für die veränderten Verkehrsverhältnisse die Probe bestanden hatte.

Merkwürdig genug, den besten Beleg für den praktischen Rechtsverstand, der in dem Satz liegt, und demgemäss für dessen Widerstandsfähigkeit liefert das heutige Recht selbst. In unserem heutigen Verkehrsleben sind eine Reihe von Sachen der Sphäre des bürgerlichen Rechtes entrückt. Ein

besonderes Handelsrecht ist geschaffen. Das römische Recht entsprach den Bedürfnissen des Handels nicht mehr — und doch ist der Satz nicht abgeschafft. Beweis: Art. 321, 345; der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags, derjenige, in welchem der Akzeptant alles getan hat, was von seiner Seite zur Übermittelung seiner Erklärung an den Offerenten erforderlich war, ist massgebend für den Übergang der Gefahr.

Das bis zum Jahre 1865 in den einzelnen deutschen Staaten eingeführte allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch enthält den Abschluss eines langen geschichtlichen Entwickelungsprozesses des Handelsrechts. Man ist reformatorisch vorgegangen nicht bloss in dem Sinn, dass für besondere Verhältnisse, welche der Handel gebildet hatte, besondere Normen geschaffen wurden. Auch für Verhältnisse, welche das Handelsrecht geradeso kennt wie das bürgerliche Recht, ist, insoweit das Herrschaftsgebiet des erstern in Frage kommt, mit einer Reihe von Rechtssätzen des römischen Rechts aufgeräumt worden, welche das gemeine Recht für seinen Bereich bestehen liess. Man denke z. B. an den vom gemeinen Recht rezipierten Satz des römischen Rechts, welches die rei vindicatio auch gegen den redlichen Besitzer zuliess. Nicht einmal das bezahlte pretium konnte er vom Vindikanten zurück verlangen. Er konnte sich nur an den Veräusserer halten, der ihm Eviktion zu prästieren hatte. Nach dem H. G. B. ä. F. ist die rei vindicatio gegen den

redlichen Besitzer nicht bloss ausgeschlossen, das H. G. B. ä. F. geht noch weiter und macht ihn zum Eigentümer, vorausgesetzt nur, dass er bona fide ist[1]).

Für eine Reihe von Verkehrsgeschäften ist im H. G. B. ä. F. gemeines Recht im Sinn des germanischen Prinzips: „Hand wahre Hand" geschaffen (Art. 306, 307, 308).

Aber den fraglichen römischen Satz beim Kauf hat man unangetastet gelassen.

Das französische Recht hat im code civil das eben erwähnte deutsche Prinzip mit den beiden Sätzen: „la possession vaut titre" — ich brauche mich, um Eigentümer zu sein, nicht auf einen Titel berufen, sondern einfacher Besitz genügt — „les meubles n'ont point de suite" — bewegliche Sachen kann man gegen den dritten Besitzer gar nicht verfolgen — mehr als alle anderen Rechte anerkannt.

Mit dem römischen Satz beim Kauf aber hat man nicht gebrochen. Voss, S. 73f., führt die Gesetzgebungen einzeln auf, welche den fraglichen Satz unabgeändert rezipiert haben.

Die Tatsache, dass man durchaus nicht gezögert hat, die Autorität des römischen Rechtes fallen zu lassen, wo es galt, die Gesetze mit den völlig veränderten Rechtsanschauungen in Einklang zu bringen, ist ein ebenso beredtes Zeugnis dafür, dass man den römisch rechtlichen Satz für das Handelsrecht rezipiert

[1]) cf. übrigens jetzt ebenso § 932.

hat aus dem Grunde, weil er dem Rechtsbewusstsein derjenigen Volkskreise, deren Vertreter ihn zum Gesetz erhoben haben, entsprochen hat.

Diese Gegenüberstellung von Rechtsätzen des römischen Rechts, welche einerseits beibehalten, anderseits beseitigt worden sind, zeigt zugleich, dass es durchaus nicht Mangel an schöpferischer Energie war, was die früheren Gesetzgeber verhinderte, den römischen Satz, wie es im B. G. B. geschehen ist, über Bord zu werfen.

Bereits nach dem Erscheinen des Entwurfs erster Lesung wurden gewichtige Stimmen laut, welche die Beibehaltung des römisch rechtlichen Satzes forderten. So hat einer vom Bundesrat gegebenen Anregung [1]) folgend ein aus Juristen und Landwirten bestehender Ausschuss des Rheinischen Bauern-Vereins, der nach gründlicher Prüfung seine Anschauungen über einige der wichtigsten Punkte, sowie die notwendig erscheinenden Abänderungsvorschläge in sechs ausführlichen Berichten nieder-

[1]) cf. Schluss des Vorworts zum Entwurf eines B. G. B., wo es heisst: „Demgemäss wird hiemit das Werk zur allgemeinen Kenntnis gebracht. Es kann nur willkommen sein, wenn nicht bloss die Vertreter der Rechtswissenschaften und die zur Rechtspflege Berufenen, sondern auch die Vertreter wirtschaftlicher Interessen von demselben Kenntnis nehmen und mit ihren Urteilen und Vorschlägen zur Verwertung für die weitere Beschlussfassung über den Entwurf hervortreten Solche Kundgebungen können bei dem Reichskanzler (Reichsjustizamt) eingereicht werden."

legte [1]), in dem dritten Berichte, betitelt: „Übergang der Gefahr beim Verkauf beweglicher Sachen, insbesondere beim Handel mit Haustieren“ sich über die im Entwurf getroffene Regelung des Gefahrübergangs sehr abfällig ausgesprochen. Im Hinblick auf die hohe Bedeutung der Sache sei der wichtigste Teil dieser Ausführungen hier wörtlich wiedergegeben: „Ist nur der obligatorische Vertrag vollzogen, die zu veräussernde Sache also noch nicht übergeben, so entsteht nach dem Entwurfe eine völlige Disharmonie zwischen der juristischen und wirtschaftlichen Lage der Dinge . . . . . Rechtlich erscheint der Veräusserer als Eigentümer; wirtschaftlich hat er aufgehört, Eigentümer zu sein. Nichts destoweniger hat er aber die Gefahr des zufälligen, gänzlichen oder teilweisen Unterganges zu tragen, und dieser Belastung steht als Äquivalent keineswegs der Vorteil gegenüber, den etwa die Sache zwischenzeitlich durch eine tatsächliche oder in den Verkehrsverhältnissen begründete Werterhöhung erfährt. Vielmehr kommt jede Werterhöhung dem Gegenkontrahenten zugute, so dass dieser durch Aufschieben der Besitz-Übertragung geradezu auf Kosten und Gefahr des Veräusserers spekulieren darf. Dass dem Letzteren bis zur Tätigung des dinglichen Vertrages der Früchtebezug verbleiben soll, kann bei der so ungleich stärkeren

[1]) Der Entwurf eines bürgl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich und der Rheinische Bauern-Verein. Köln 1890.

Belastung als Ausgleich durchaus nicht in Betracht kommen."

Es wird dann dargelegt, dass diese den wirtschaftlichen Verkehrsbedürfnissen entnommenen Erwägungen in besonderem Masse bei den Viehverkäufen des Bauernstandes zutreffen und dass es gerade hier nicht angängig ist, den beregten Bedenken mit dem Einwand zu begegnen, dass der gesetzlichen Regelung durch spezielle Parteiverabredungen die Geltung genommen werden könne.

Der Ausschuss gelangte auf Grund seiner Ausführungen zu der Ansicht, dass es sich empfehle, in den Entwurf die Bestimmung aufzunehmen, wonach bei Veräusserungsgeschäften der Gefahrübergang mit dem Vertragsabschluss, nicht erst mit der Besitzübertragung sich vollzieht.

Leider hat man dieser Anregung nicht stattgegeben. Gerade die Interessen des Standes, dem der moderne Staat die grösste Fürsorge zuwenden sollte, da er am dringendsten der wirtschaftlichen Kräftigung bedarf, des Bauernstandes, werden dadurch am meisten geschädigt — zugunsten der Viehhändler und Getreidespekulanten. Mögen immerhin die Motive, welche die gesetzgebenden Faktoren des B. G. B. für Beseitigung des römischen Satzes geltend gemacht haben, „dringende Gründe der Zweckmässigkeit, Billigkeit und Praktikabilität empfehlen ihn nicht zur Aufnahme in das

B. G. B.“ [1]) zutreffen — dem soliden, die Spekulation zurückdrängenden, Treu und Glauben im Verkehr fördernden Prinzip war damit vollaus Rechnung getragen, dass mit sofortigem Übergang der Gefahr auf den Käufer gleich mit Abschluss des Vertrags für diesen ein gewaltiges compelle geschaffen war, sich auf Kaufgeschäfte mit langen Lieferungsfristen überhaupt nicht einzulassen [2]).

Aus der solche Geschäfte einschränkenden Wirkung des Satzes ist der Schluss zu ziehen, dass die Römer denselben gerade deshalb einführten, weil sie gegen langfristige Geschäfte eine Abneigung empfanden und sich von dem Satz die gedachte repressive Wirkung versprochen haben.

---

[1]) Motive Bd. II, S. 206. Die Motive machen u. a. auch geltend, dass sich an den römisch rechtlichen Grundsatz eine grosse Zahl von Streitfragen knüpfen. Demgegenüber ist zu bemerken, dass gerade das römische Recht mehr Streitfragen abschneidet. (cf. die Ausführungen von Bernhöft „Kauf, Miete und verwandte Verträge“ S. 46.)

[2]) Wenn dem Käufer durch Parteiabrede die Gefahr nicht abgenommen wurde, so musste er sich im Hinblick auf den Rechtsgrundsatz veranlasst sehen, entweder gar nicht abzuschliessen oder auf sofortige Erfüllung zu dringen. Denn nur so verhütete er, dass der Verkäufer die wechselnde Konjunktur zu seinem, des Käufers, Schaden für sich ausbeutete, auf seine Kosten mit dem Kaufsobjekt spekulierte und sich als Verkäufer und Verwalter fremden Guts zugleich gerierte.

Es ist, wie Ihering[1]) ausführt, der Grundsatz der Simultaneität des Eintritts der Wirkungen des Rechtsgeschäfts zugleich mit Vornahme desselben. Das ganze Geschäft ist ein einziges unteilbares Ganzes, das entweder sofort vorhanden oder nicht vorhanden ist, ein nachträgliches Werden und Wirken nicht kennt. Und an anderer Stelle[2]): „Kein Aufschub der Wirkung, sondern ganz und ausschliesslich gestellt auf den sicheren realen Boden der Gegenwart und ihre Kraft sofort betätigend."

Ein Recht, welches den Gedanken der Konzentration des Rechtsgeschäfts auf den Moment der Vornahme desselben so sehr zur Tat gemacht hat[3]), dass es ein zeitliches Auseinandertreten von Tatbestand und Wirkung in ähnlicher Weise perhorresziert wie die subjektive Trennung von Tatbestand und Wirkung (Stellvertretung), lässt das wahre Motiv ahnen, aus welchem heraus der römische Gesetzgeber den Lehrsatz vom Übergang der Gefahr sofort mit Kaufsabschluss auf den Käufer aufgestellt hat. Der Idee der Konzentrierung von Tatbestand und Wirkung sofort mit Vornahme des Geschäfts war damit am wirksamsten von Gesetzes-

---

[1]) Geist Bd. III, S. 174.

[2]) S. 178 cit.

[3]) In ähnlicher Weise findet sich im römischen Prozess die Idee der Konzentration auf den Moment der litis contestatio verwirklicht.

wegen vorgearbeitet, wenn mit Gefahrübergang sofort auf den Käufer alles so gehalten werden musste, wie wenn mit Vornahme des Kaufgeschäfts sofort Zug um Zug erfüllt war.

Der Wille des Gesetzgebers, dass das, was sein Rechtsverstand als das logisch Richtige erkannt hatte — das Rechtsgeschäft solle seine Kraft sofort betätigen — im Gesetz zur Tat werde, findet in dem Satz seine Verwirklichung.

§ 12.

Stellung des römischen Rechtes zur Spekulation im allgemeinen.

Wie erwähnt, strebte das röm. R. schnelle Liquidation des Kaufgeschäftes an und mutete deshalb dem Käufer zu, entweder das Risiko des zufälligen Untergangs zu übernehmen oder auf tunlichst baldige Erfüllung zu dringen.

Diese Tendenz des römischen Rechtes, die Spekulation möglichst zurückzudrängen, lässt sich an der Hand einer Reihe von Rechtsbestimmungen der Römer nachweisen:

1. Das Rechtsmittel wegen ädilizischer Mängel, die actio redhibitoria steht dem Käufer nicht zeitlich unbegrenzt zur Verfügung. Der Verkäufer soll alsbald Gewissheit erlangen, ob das Geschäft ordnungsmässig verlaufen sei. Daher verjährt der Anspruch auf Wiederauflösung der Kaufsobligation innerhalb eines halben Jahres, wobei die Frist

allerdings utiliter berechnet wird und erst von dem Tag zu laufen beginnt, an welchem der Käufer von dem Mangel Kenntnis erlangt hat.

Durch Normierung dieses Präklusivtermines von sechs Monaten ist offenbar der Tendenz Rechnung getragen, dem Käufer die Möglichkeit abzuschneiden, die Entscheidung hinauszuziehen, die wechselnde Konjunktur für sich auszubeuten, auf Kosten des Verkäufers zu spekulieren.

Sogar Härten nimmt das römische Recht auf, wenn es gilt, solche gesetzgeberische Gedanken zu verwirklichen. Es sei hier an den weiteren Satz der Wandlung erinnert, dass wenn die schadhafte Sache ohne Schuld des Käufers innerhalb der sechsmonatlichen Frist untergegangen ist, dem Käufer doch der Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises zusteht. Nur soweit die Sache noch vorhanden ist, muss der Käufer, der Wandlung verlangt, restituieren: „mortuus redhibetur".

2. Der Spekulationshandel mit Geldforderungen sollte verhindert werden durch eine Verordnung des Kaisers Anastasius [1]).

Der Käufer einer Geldforderung darf vom Schuldner nicht mehr beitreiben, als er selbst für die Forderung bezahlt hat. Justinian hat die lex Anastasiana sogar auf den Fall ausgedehnt, wenn die Forderung teilweise verkauft, teilweise verschenkt

[1]) l. 12 C. 4, 35.

ist — auch die Umgehung des Gesetzes durch Simulation einer Schenkung sollte verhütet werden.

Der Zessionar soll eben die Forderung nur mit der entsprechenden Differenz zwischen Kaufpreis und Forderungsbetrag erhalten; soweit der Betrag der Forderung den Kaufpreis nicht erreicht resp. umgekehrt übersteigt, soll der ursprüngliche Schuldner die Differenz als Rechtsprämie erhalten, wenn auf seine Not spekuliert worden ist.

3. Das römische Recht kennt eine Reihe von Geschäften, zu deren Begriff, d. h. zu deren vom Recht geordneten Tatbestand die Beobachtung bestimmter Formen gehört.

Nach allen drei Richtungen der Vermögenszuwendungen hin hat es Wortformen als Kennzeichen des eigentlich juristisch obligierenden Willens ausgebildet, deren Anwendung jedem zugemutet wurde; für das Verschaffen von Sachenrechten die mancipatio und in iure cessio, für das Verschaffen von Forderungen die stipulatio, für die Befreiung von Schulden die acceptilatio.

Nur unter Wahrung dieser Formen konnten Vermögenszuwendungen erfolgen ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die subjektive causa, den Zweck, welchen der Zuwendende mit der Zuwendung verfolgte. Die Bestimmungen über die sog. cautio indiscreta und die ihr abgesprochene Wirkung waren gerade bei der Rezeption des römischen Rechts ein bis in unsere Tage fortwirkendes

Hemmnis für die Anerkennung der sog. abstrakten Schuldversprechen [1]).

Es war ein indirekter Anreiz zur Beobachtung der Formen darin gelegen, dass an diese Beobachtung Beweisvorzüge oder sonstige Vorzüge der Prozedur oder die Klagbarkeit an sie geknüpft war.

Die Partei war sicher, dass sie nicht an den formlos erklärten Willen gehalten sei, anderseits war das Subjekt, welches in einem bewussten und willensfähigen Zustand äusserlich solenn handelte, auch an der äusseren Erklärung festgehalten und es waren ihm Ausflüchte, welche sich auf den Widerspruch zwischen Willen und Erklärung bezogen, abgeschnitten.

Es sei hier auch [2]) an die verschiedene Funktion der Solennitätszeugen und der reinen Beweiszeugen erinnert.

Es ist unschwer nachzuweisen, dass das römische Recht mit dem ganzen vorerwähnten Formenapparat weiter nichts bezweckte, als die fides zum Prinzip für die Geltung des Vertrags zu erheben und unlautere Spekulationen auf Kosten des andern Vertragsteils zurückzudämmen.

4. Kein Vertragschliessender soll die Unkenntnis des Anderen zum Tummelplatz der Spekulation auf Kosten des anderen Vertragsteils machen; geschieht es doch, so reagiert das Recht gegen

---

[1]) cf. jetzt B. G. B. §§ 780, 781, 782.

[2]) Sofern zum äusseren Formenapparat Zeugen gehörten.

sein widerrechtliches Handeln dadurch, dass es ihn schadensersatzpflichtig macht.

Es gehören hierher die Fälle, in welchen anerkannt ist, dass der Verkäufer dem Käufer das zu ersetzen hat, was dieser aus seinem Vermögen infolge getäuschten Vertrauens verloren hat — quod interfuit ne deciperetur [1]).

5) Die obligatio ist nach römischem Recht bestimmt, den eigenen Interessen des Gläubigers zu dienen, nicht fremden Interessen und nicht logische Erwägungen allein sind es gewesen, warum das römische Recht sich zur direkten Stellvertretung ablehnend verhält.

Das Rechtsgeschäft soll nicht Wirkungen entfalten zugunsten einer Person, deren Wille für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts gar nicht zählt. Daher erkennt das römische Recht obligatorische Kontrakte, welche darauf hinaus gehen, dass der Promittent die Leistung an einen Dritten zu machen hat, nur dann als gültig an, wenn in dieser Leistung an den Dritten sich zugleich ein geldwertes Interesse des Gläubigers selbst befriedigt.

---

[1]) l. 62 § 1 D. de contrahenda emtione 18,1.